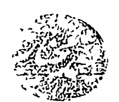
al-ʿAynī, Badr al-Dīn Maḥmūd ibn Aḥmad, 1361-1451

(Sharḥ al-Kanz)

الجزء الاوّل من شرح الكنز تاليف الشيخ الامام العالم العلامة عمدة المحققين والمحدثين أبي محمد محمود العيني تغمده الله تعالى برحمته وأسكنه فسيح جنته

م



(فهرسة الجزء الاول من العيني على الكنز)

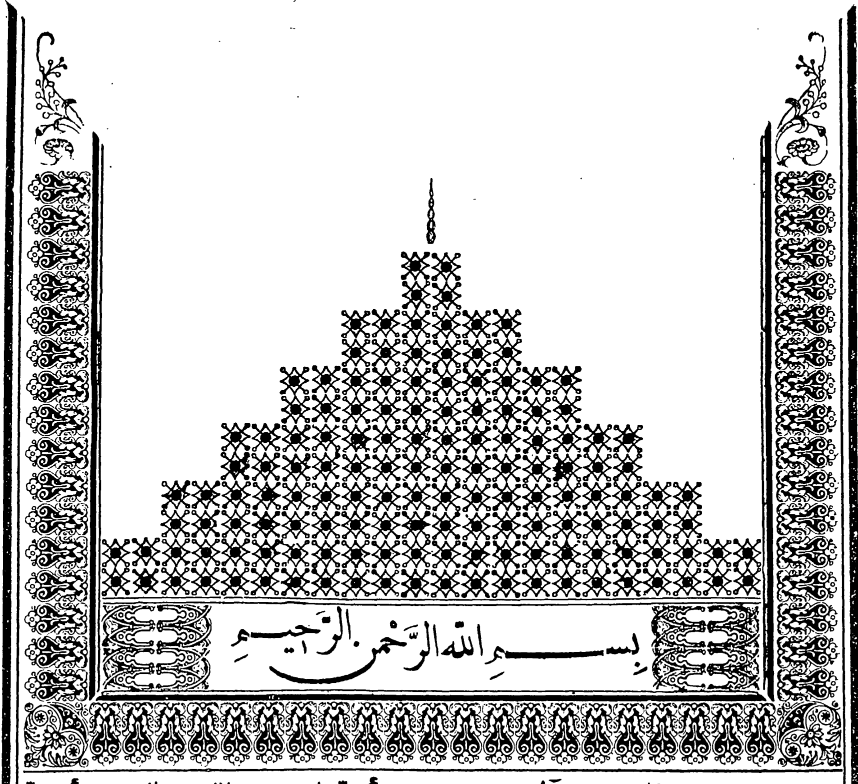
	صحيفة
كتاب الطهارة	٦
باب التيمم	١٦
باب المسح على الخفين	١٨
باب الحيض	٢٠
باب الانجاس	٢٦
كتاب الصلاة	٢٨
باب الاذان	٣١
باب شروط الصلاة	٣٣
باب صفة الصلاة	٣٥
فصل في بيان صفة الشروع في الصلاة وبيان أحكامها وأحوالها	٣٨
باب الامامة	٤٥
باب الحدث في الصلاة	٤٨
باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها	٥٠
فصل في مسائل أخرى تتعلق بباب الكراهة	٥٤
باب الوتر والنوافل	٥٤
باب ادراك الفريضة	٥٨
باب قضاء الفوائت	٦٠
باب سجود السهو	٦١
باب المريض	٦٣
باب سجود التلاوة	٦٤
باب المسافر	٦٦
باب الجمعة	٦٩
باب العيدين	٧٢
باب الكسوف	٧٥
باب الاستسقاء	٧٥
باب صلاة الخوف	٧٦
باب الجنائز	٧٧
باب الشهيد	٨٢
باب الصلاة في الكعبة	٨٣
كتاب الزكاة	٨٣
باب صدقة السوائم	٨٥
باب زكاة المال	٨٨
باب العاشر	٩٠
باب الركاز	٩١
باب العشر	٩٢
باب المصرف	٩٣
باب صدقة الفطر	٩٥
كتاب الصوم	٩٧
باب ما يفسد الصوم وما لا يفسده	٩٩
فصل في العوارض	١٠٢
فصل في بيان أحكام النذر	١٠٥
باب الاعتكاف	١٠٦
كتاب الحج	١٠٧
باب الاحرام	١٠٩
فصل في بيان مسائل تتعلق بالوقوف وأحوال النساء الخ	١١٨
باب القران	١١٩
باب التمتع	١٢٠
باب الجنايات	١٢٣
فصل في بيان ما يفسد الحج وما لا يفسده	١٢٥
فصل في بيان جزاء قتل الصيد	١٢٨
باب مجاوزة الوقت بغير احرام	١٣١
باب اضافة الاحرام الى الاحرام	١٣٢
باب الاحصار	١٣٣
باب الفوات	١٣٤
باب الحج عن الغير	١٣٤
باب الهدى	١٣٦
مسائل منثورة	١٣٧
كتاب النكاح	١٣٨

فصل

	صحيفة
فصل فى بيان المحرمات	١٤٠
باب الاولياء	١٤٥
فصل فى بيان أحكام الاكفاء	١٤٨
فصل فى بيان الوكالة بالنكاح وغيرها	١٤٩
باب المهر	١٥١
باب نكاح الرقيق	١٦٠
باب نكاح الكافر	١٦٣
باب القسم	١٦٦
كتاب الرضاع	١٦٦
كتاب الطلاق	١٦٩
باب الصريح	١٧٢
فصل فى الطلاق قبل الدخول	١٧٨
باب الكنايات	١٧٩
باب تفويض الطلاق	١٨١
فصل فى الامر باليد	١٨٢
فصل فى المشيئة	١٨٣
باب التعليق	١٨٦
باب المريض	١٩٣
باب الرجعة	١٩٥
فصل فيما تحل به المطلقة	١٩٨
باب الايلاء	٢٠١
باب الخلع	٢٠٣
باب الظهار	٢٠٨
فصل فى بيان الكفارة	٢١٠
باب اللعان	٢١٣
باب العنين	٢١٦
باب العدة	٢١٨
فصل فى بيان الاحداد	٢٢٢
باب ثبوت النسب	٢٢٤
باب الحضانة	٢٢٧
باب النفقة	٢٢٩
كتاب الاعتاق	٢٣٧
باب العبد الذى يعتق بعضه	٢٣٩
باب الحلف بالعتق	٢٤٥
باب العتق على جعل	٢٤٦
باب التدبير	٢٤٨
باب الاستيلاد	٢٤٩
كتاب الايمان	٢٥١
باب اليمين فى الدخول والسكنى والخروج والاتيان وغير ذلك	٢٥٧
باب اليمين فى الاكل والشرب واللبس والكلام	٢٦٠
باب اليمين فى الطلاق والعتاق	٢٦٦
باب اليمين فى البيع والشراء والتزويج والصوم والصلاة وغيرها	٢٦٨
باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك	٢٧٣
كتاب الحدود	٢٧٦
باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه	٢٧٩
باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها	٢٨٣
باب حد الشرب	٢٨٦
باب حد القذف	٢٨٨
فصل فى التعزير	٢٩١
كتاب السرقة	٢٩٣
فصل فى الحرز	٢٩٧
فصل فى كيفية القطع واثباته	٢٩٩
باب قطع الطريق	٣٠٣
كتاب السير	٣٠٥
باب الغنائم وقسمتها	٣٠٨
فصل فى بيان كيفية القسمة	٣١١
باب استيلاء الكفار	٣١٣
باب المستأمن	٣١٥
فصل فى بيان ما بقى من أحكام	

	صحيفة		صحيفة
المستامن	٣١٦	كتاب الاباق	٣٣٤
باب العشر والخراج والجزية	٣١٨	كتاب المفقود	٣٣٦
فصل فى بيان أحكام الجزية	٣٢٠	كتاب الشركة	٣٣٨
باب المرتدين	٣٢٣	فصل فى بيان الشركة الفاسدة	٣٤٢
باب البغاة	٣٢٧	كتاب الوقف	٣٤٣
كتاب اللقيط	٣٢٩	فصل فى بيان أحكام المسجد والخان	
كتاب اللقطة	٣٣١	والمقبرة ونحوها	٣٤٧

(تمت)



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ان أجد ما يستهل به اللسان بالبيان وأسد ما تستمد به الاركان من الجنان حمد مبدع فرق اثمار العلم عن أكمام الاذهان وشق ينابيع الحكمة فى خلد من شاء من الانسان وشكر مرسل نبيا عند انتهاء الوقت والزمان محمدا المصطفى المبعوث الى الانس والجان عليه صلوات كل حاصرها عن العد والحسبان وتحيات مل حاضرها للعد بالبنان وعلى آله وصحبه الذين اتبعوه باحسان وعلى علماء الامة فى كل زمان ومكان مادام القطر فى السيلان والماء فى الجريان (وبعد) فان الفقير الى رحمة ربه الغنى أبا محمد محمود بن أحمد العينى عامله ربه ووالديه بلطفه الخفى يقول لما امتحنت بما امتحن به من هو محسود اما لعلمه وفضله واما لسبق خير منه أو من أصله ولعمرى غير عجب ذلك فان المحسود معد لذلك وكيف وقد امتحن أئمة الدين وأكابر علماء المسلمين من الصحابة والتابعين ومن سائر العلماء المتقين فأبو حنيفة رضى الله عنه حبس وضرب بالسياط ولم يزل فى الحبس الى ان طوى له البساط ومالك رحمه الله ضرب وأهين حتى خلع كتفه اليمين والشافعى رحمه الله حمل من اليمن الى دار السلام فى قيد مخاطا بجمع من اللئام وأحمد رحمه الله كذلك من بغداد الى حران الى أن أنقذهم الله من شر أهل الظلم والعدوان بحيث ضاقت على الدنيا برحبها وصعبت على الامور بيابسها ورطبها لما قوبلت بما لا يسوغه الشرع الشريف وجوزيت بما يجازيه القوى الضعيف حتى صار أعز أصحابى كأكبر أعدائى وصار أكثر الهمز والطعن من أجلاء اخلائى بحيث أظلمت على الدنيا فصرت كانى عين بلا انسان أو انسان بلا عين بالعيان ولكن النقى لا يغيره مقل الذباب والبحر لا يفسده ولوغ الكلاب فانى ان كنت عند الله مرضيا

فانا

فأنا راض نخوض الناس بالقيل والقال غير نافد ولا ماض ثم لما منّ الله على ببعض جلاء هذه الغمة على يدى من خصه الله بالخير من هذه الامة أردت أن أزيل هذه الكدورات باشغال البال فى شرح كتاب من المصنفات فاخترت لذلك كتاب كنز الدقائق المنسوب الى القرم الهمام والامام المعظم فى الانام كشاف المشكلات حلال المعضلات أبى البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفى عليه رحمة الله فى كل حين مبتدا ومستأنف فانه وان وقع عليه شروح ولكن منها ما يمل جدا ومنها ما يخل جدا فاستخرت الله تعالى واخترعت له شرحا يذلل صعابه ويستخرج عن قشره لبابه ويكشف عن وجوه مخدراته النقاب ويوضح ما فيه من المسائل الصعاب بحيث انه عدل ووسط مجتنب عن الافراط والفرط موف حق حل المتن والتركيب كاف لذكر الدلائل بالترتيب مدرجا بالاحمر فى أسود شرحه الوضاح كالورد بين البنفسج أو كالاقاح مسمى بكتاب رمز الحقائق فى شرح كنز الدقائق نفع الله الطالبين به كما نفعهم بأصله ولقد جعلته خالصا لوجه الكريم وهو بما فى الصدور عليم والاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى وعلى كل قلب ما حوى والمأمول فيمن ينظر فيه أن يسلك طريق الانصاف ويحيد عن توغل الاعتساف وان يقصد بذلك الصلاح والاصلاح طلبا للنجاة والفوز والنجاح فان الانسان غير معصوم عن الخطا والنسيان وهما بالنص عنا مرفوعان واليد غير محفوظة عن الهفوة والقلم غير مصون عن العثرة والكريم يصلح واللئيم يفضح والحسود يفصح وكفى للحاسد ذما آخر سورة الفلق فى احتراقه واضطرابه بالقلق عصمنا الله واياكم من شر الحسدة اللئام وجمعنا واياكم بخير فى دار السلام وأن يعلم ان ما وقع فى ذلك الكتاب من لفظة الثلاثة فالمراد بها الائمة الثلاثة وهم الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله وما وقع فيه من قولى قال الشارح فالمراد به الشيخ الامام فخر الدين الزيلعى رحمه الله والحمد لله أولا وآخرا وباطنا وظاهرا (بسم الله الرحمن الرحيم) افتتح كتابه بالبسملة تأسيا بكتاب الله تعالى وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم كل أمر ذى بال لم يبدأ فيه باسم الله فهو أبتر ولا تعارض بينه وبين قوله عليه السلام كل أمر ذى بال لم يبدأ فيه بحمد الله فهو أجذم أى أقطع لان الابتداء بالاول حقيقة وبالثانى بالاضافة الى ما سواه فلذلك ترك العاطف لئلا يشعر بالتبعية فيخل بالتسوية وقد اشتهر الكلام فى لفظة الله هل هو مشتق أو اسم موضوع فلا حاجة الى ذكره وهو اسم للمعبود بالحق يشمل جميع الصفات فلذلك قرن بالحمد دون غيره من الاسماء والرحمن فعلان والرحيم فعيل وفى الاول من المبالغة ما ليس فى الثانى لان الزيادة فى اللفظ لزيادة فى المعنى ومتعلق الباء محذوف وهو ابتدئ أو أشرع على حسب ما يليق بحال الفاعل (الحمد) هو الثناء بالجميل الاختيارى على جهة التعظيم والمعنى هذا الثناء مستمرا وثابت (لله الذى أعز العلم) الدينى (فى الاعصار) وهو جمع عصر وهو الزمان (وأعلى حزبه) أى حزب العلم وأراد به العلماء والحزب فى الاصل قطعة من الشئ وأراد طائفة أهل العلم وهم حزب الله تعالى وهم المفلحون فى الدنيا والآخرة وفيه براعة الاستهلال وهى ذكر شئ فى افتتاح الكلام يدل على أن مقصوده فى أى فن من الفنون وانما قال (فى الامصار) وان كان حزب العلماء هم الاعلون فى سائر البقاع نظرا الى الغلبة (والصلاة) وهى التبجيل والتعظيم من الله تعالى وملائكته وعبيده (على رسوله) وهو من بعث ومعه كتاب أو أنزل عليه

ملك بخلاف النبي فكل رسول نبي ولا عكس وأراد به ههنا محمدا صلى الله عليه وسلم لدلالة القرائن عليه فلذلك لم يصرح باسمه ثم وصفه بقوله (المختص بهذا الفضل العظيم) وأشار به الى العلم الذي وصفه بالعزة ووصف أهله بعلو المنزلة ولما كانت الدعوة محجوبة بدون الصلاة على سيد الخلق ثنى بالصلاة عليه ثم على أهل بيته أو كل من تبعه من المتقين الى يوم القيامة بقوله (وعلى آله الذين فازوا منه) أي ظفروا وأخذوا عنه (بحظ) أي بنصيب (جسيم) أي عظيم وأراد به العلم الديني الذي بسببه فازوا في الدنيا باكتسابهم المطالب العلية والمراتب السنية وفي الآخرة بارتفاع الدرجات وتضاعف الحسنات (قال مولانا) أي من له علينا حق ولاء نعمة العلم والارشاد أو حق ولاء نعمة المصنفات التي ألفها لنا وهذا من هنا الى قوله لما رأيت الهمم ملحقة من التلامذة ثم وصفه بأوصاف مادحة فقال (الحبر) أي العالم الذي يزين الكلام بتقريره وتحريره ومنه سمي علماء التوراة المحققون أحبارا (النحرير) بكسر النون وهو الذي له نظر دقيق في تقرير الكلام قيل النون فيه زائدة فيكون من التحرير من حرر الكلام اذا أمعن النظر فيه ودققه وقيل أصله من النحر وهو الصدر فكأن معناه صدر في التحرير وكل منهما يدل على المبالغة (صاحب البيان) باللسان (والبنان) بالقلم وقوله (في التقرير) يرجع الى الاول وقوله (والتحرير) يرجع الى الثاني لان التقرير يكون باللسان والتحرير يكون بالبنان فكل من أوتي هذين الفضلين فقد أوتي فضلا جما فالناس على أربع طبقات فأعلاهم غاية العلو من رزق التقرير والتحرير ومن دونه من رزق التقرير دون التحرير ومن دونه من رزق التحرير دون التقرير ودون الكل الذي لا يعبأ به من حرم الاثنين (كاشف المشكلات) من أشكل الامر اذا انغلق وجهه واشتد طريقه (والمعضلات) من أعضل الامر اذا اشتدت صعوبته قيل الاول في الفروع والثاني في الاصول وقيل الاول في الالفاظ والثاني في المعاني وقيل الاول في المدلولات والثاني في الدلائل (مبين) أي مظهر (الكنايات) وهو جمع كناية وهو ما استتر المراد منه بخلاف الصريح (والاشارات) جمع اشارة وهو الرمز فالاول في المعاني والثاني في المتون (منبع العلا) بضم العين وهو جمع عليا والمنبع مفعل من نبع الماء اذا ظهر وسال بالتفجر وأراد أنه مظهر الاشياء الدقيقة والمسائل الرفيعة العالية التي لا ينالها الا المتفردون من العلماء الكبار والمتقنون من الفضلاء الاخيار (علم الهدى) أي الهداية وهي ما يوصل الى المطلوب والعلم بفتحتين الجبل وقد استعير الجبل للشيخ مبالغة في توصيفه بالعلوم والهداية وجه ذلك ان الجبل وتد للبقعة التي هو عليها يمنعها من الميد والتمايل وكذلك الشيخ بين طائفة جنسه ينزل منهم منزلة الوتد مع أن قيام أمورهم وانتظام أحوالهم على منهاج العدل والشرع يكون به أو كان الجبل يقتدى به المسافرون عند الضلال فكذلك هو يقتدى به في العلوم وتحصيلها عند الجهالة (افضل الورى) أي الخلق في زمانه (حافظ الملة) الابراهيمية الحنيفية (والدين) المحمدي وهو لقبه الذي اشتهر به بين الخلق (شمس الاسلام والمسلمين) جعل شمسا مبالغة كما في زيد أسد (وارث الانبياء والمرسلين) في العلوم لوحظ فيه قوله عليه السلام العلماء ورثة الانبياء (ابو البركات) كنيته واسمه (عبد الله بن احمد بن محمود) صاحب التصانيف المفيدة في الفقه والاصول منها كتاب الوافي وشرحه الكافي والمصفى في شرح المنظومة والمستصفى في شرح النافع والمنار

وشرحه

وشرحه والعمدة فى الكلام وغير ذلك تفقه على شمس الائمة الكردرى وسمع منه الصغناقى دخل
بغداد سنة عشر وسبعمائة ووفاته فى العشر المذكور (النسفى) نسبة الى مدينة نسف وهو من
بلاد الصغد من بلاد ما وراء النهر قيل هو بكسر السين وفى النسبة تفتح كما يقال فى النسبة الى
صدف صدفى بالفتح (لما رأيت الهمم) أى همم المحصلين وهو جمع همة من الهم وهو القصد (مائلة
الى) الكتب (المختصرات) لسهل مأخذها وقرب تناولها (و) رايت (الطباع) أى طباع
المشتغلين (راغبة) أى معرضة (عن) الكتب (المطولات) لبعد ضبطها وعسر حفظها (أردت)
جواب لما (ان الخص الوافى) وهو الكتاب الذى صنفه أولا على ترتيب عجيب وتركيب غريب
يحتوى على مسائل كثيرة من كتاب الهداية والقدورى والمنظومة والزيادات والواقعات
والجامع الصغير والكبير والفتاوى وغيرها (بذكر ما عم وقوعه) بين الناس (وكثر وجوده)
لاشتماله على غالب الواقعات والحوادث (لتكثر فائدته) لكونه مختصرا يلتقى درسه فى المدارس
ويحفظ متنه فى غالب الاماكن والمجالس ويستصحب مع الطلبة فى الاكمام ويبحث منه الخواص
والعوام فالخواص بالافتاء منه والعوام بالاستفتاء عنه (وتتوفر عائدته) أى منفعته وبين
الفائدة والعائدة جناس لا يخفى (فشرعت) الفاء فيه جواب شرط محذوف تقديره اذا كان
الامر كذلك فشرعت (فيه) أى فى تلخيص الوافى (بعد التماس) أى طلب (طائفة) أى
جماعة (من أعيان الافاضل) أى من اشرافهم واكابرهم والاعيان جمع عين الشئ وهو خياره
والافاضل جمع أفضل وهو أمثل من الفاضل من فضل اذا زاد (وأفاضل الاعيان) فالمراد من
الاول العلماء المنتهون فى العلوم ومن الثانى العلماء الذين فى صدد الزيادة وأعيان الناس هم العلماء
لانهم خيارهم وساداتهم وأعيان العلماء هم الافاضل الذين لا درجة فوق درجاتهم الا درجات
الانبياء عليهم السلام ولمح فيه قوله عليه السلام فضل العالم على العابد كفضلى على أدناكم ثم
وصفهم بقوله (الذين هم بمنزلة الانسان للعين) وهو نورها الذى تبصر به فنفس الحدقة التى ركب
الله فيها النور الذى يبصر به الانسان يسمى انسانا (و) هم أيضا بمنزلة (العين للانسان) والمراد
من الانسان الاول هو النور الذى ذكرناه ومن الثانى هو الحيوان الناطق والمراد من العين
الاول والثانى هو العضو المعهود وهو العين الباصرة وهذا تشبيه بليغ وجهه ان الانسان كما
لا ينتفع فى المبصرات الا بالعين فكذلك الخلق لا ينتفعون بأمور الدنيا والآخرة الا بالعلماء فكما
أن الاعمى لا يهتدى الى طريقه ولا يميز بين ما ينفعه ويضره فكذلك الخلق لا يهتدون الى طريق
الهدى والصواب ولا يميزون بين الحلال والحرام الا بواسطة العلماء وقوله (مع ما بى من العوائق)
فى محل النصب على الحال أى فشرعت فيه حال كونى مصاحبا العوائق أى الموانع والشواغل
اما من جهة اشتغاله بتصنيف آخر والقاء الدروس واما من جهة الفترات التى لا يخلو عنها البلاد
والفتن التى تزيل الامن والقرار عن العباد والظاهر ان مراده هذا الان فى زمان تصنيفه هذا
الكتاب كانت الفتن عامة فى البلاد خصوصا فى بلاد ما وراء النهر من جهة المغل الذين تفرقوا
فى البلاد وافسدوا غاية الفساد (وسميته) أى الملخص من الوافى (بكنز الدقائق) سماه كنزا
باعتبار كثرة مسائله التى كنزها السلف لان الكنز اسم لما دفنه بنو آدم من الذهب والفضة ولما
جمعها ههنا سماها كنزا وسماه بالدقائق نظرا الى دقة اختصاره فانه اذا بسط كان أكثر منه

عشر مرات وأكثر (وهو) أى الكنز هذا (وان خلا) أى عرا (عن العويصات والمعضلات)
أراد بها المسائل الموجودة فى الوافى المأخوذة من الجامع الكبير فانها مسائل عويصة أى صعبة
يحتاج الانسان فى استخراجها الى أمر عظيم وتردد كثير وأصولها معضلة أى مشكلة جدا
فهذا الكتاب وان عرا عن ذلك (فقد تحلى) أى تزين وتجمل (بمسائل الفتاوى والواقعات)
يعنى تحلى بالمسائل التى يفتى بها عند الواقعات والحوادث لان الناس انما يحتاجون غالبا الى
مثل هذه المسائل لا الى المسائل النادرة الصعبة ويجوز أن يكون المراد من الفتاوى
والواقعات الكتابين المسمين بهما يعنى وان عرا هذا الكتاب عن مسائل الجامع الكبير التى
هى العويصات والمشكلات فقد تحلى بمسائل هذين الكتابين التى وجودها أكثر ونفعها أعم
وأشهر وقوله (معلما) بفتح اللام حال من الضمير الذى فى تحلى وأشار بقوله (بتلك العلامات) الى
التى وضعها فى الوافى وهى حرف الحاء لابى حنيفة والسين لابى يوسف والميم لمحمد والزاى لزفر
والفاء للشافعى والكاف لمالك والدال لاحد والواو لرواية عن أصحابنا أو القياس مرجوح
(وزيادة) بالجر أى وبزيادة حرف (الطاء للاطلاقات) يعنى للمسائل التى ذكرت مطلقة من غير
تفصيل ولا قيد (والله الموفق للاتمام) أى لاتمام هذا الكتاب (والميسر للاختتام) أى لاختتامه

(كتاب الطهارة)

كلام اضافى فيه وجهان الرفع على انه خبر مبتدا محذوف أى هذا كتاب الطهارة والنصب على
تقديرهاك كتاب الطهارة أو خذه وهو مصدر كالكتب والكتابة بمعنى الجمع تقول منه كتبت
البغلة اذا جمعت بين شفريها بحلقة أو سير أكتب وأكتب كتبا وقد يقال أراد بالكتاب ههنا
المكتوب مجازا كالحساب بمعنى المحسوب وفى الاصطلاح الكتاب طائفة من المسائل
الفقهية اعتبرت مستقلة شملت أنواعا أو لم تشمل والقيد الاخير لدفع قول من يقول الكتاب اسم
جنس يدخل تحته انواع من الحكم وكل نوع يسمى بالباب والباب اسم لنوع يشتمل على أشخاص
تسمى فصولا فان الكتاب قد يكون كذلك وقد لا يكون فان من الكتب مالم يذكر فيه لا باب
ولا فصل ككتاب اللقطة واللقيط والآبق وغيرها على ماسيأتى والطهارة مصدر من طهر الشئ
بضم الهاء وفتحها بمعنى النظافة مطلقا وفى الشرع النظافة عن النجاسات مطلقا وقال صاحب
الدراية الطهارة لغة النظافة وشرعا نظافة الاعضاء الثلاثة ومسح الرأس وهذا تعريف غير
صحيح لان الطهارة أعم من الوضوء والتعريف المذكور لا يطلق الا على الوضوء وهو نوع
من أنواع الطهارة وانما قدمها على غيرها لانها شرط وهو مقدم ثم اختصت بالبداءة من بين
سائر الشروط لكونها أهم ولانها لا تسقط بحال ما بخلاف غيرها ثم قدم بيان الوضوء الذى هو
طهارة صغرى على الغسل الذى هو طهارة كبرى اما اقتداء بالكتاب العزيز واما باعتبار شدة
الاحتياج الى علم الوضوء باعتبار كثرة دورانه فقال (فرض الوضوء) وهو كلام اضافى مبتدأ
وخبره (غسل وجهه) أى وجه المتوضى أو المكلف وليس هذا باضمار قبل الذكر لدلالة
القرينة عليه وذلك لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم والفرض ما ثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه
والوضوء بضم الواو من الوضاءة وهى الحسن والنظافة تقول منه وضؤ الرجل أى صار وضيأ
وتوضأت للصلاة ولا يقال توضيت وبعضهم يقوله وبالفتح الماء الذى يتوضأ به وفى الشرع

غسل الاعضاء الثلاثة ومسح الرأس ولما كان الوجه من المحدودات الحسية التى لها طول وعرض أشار اليه بقوله (وهو) أى الوجه يبتدئ فى الطول (من قصاص شعره) وهو حيث ينتهى نبته من مقدمه ومؤخره وفى القاف ثلاث لغات والضم أعلاها وينتهى (الى أسفل ذقنه) بفتح الذال المعجمة والقاف وهو مجتمع لحييه (و) يبتدئ فى العرض (الى شحمتى الاذن) وهى معلق القرط وأراد شحمتى الاذنين لانّ لكل أذن شحمة وقد نوقش فى هذا التركيب من وجوه الاوّل انّ قوله من قصاص شعره ليس كذلك لان حدّ الوجه فى الطول من مبتدا سطح الجبهة الى منتهى اللحيين كان عليه شعر أو لم يكن الثانى انّ قوله والى شحمتى الاذن معطوف على قوله الى أسفل ذقنه فيكون داخلا فى حكمه ويكون المعنى حد الوجه طولا من قصاص شعره الى أن ينتهى الى أسفل الذقن والى أن ينتهى الى شحمتى الاذن وليس كذلك على مالا يخفى الثالث كان ينبغى أن يقال والى شحمتى الاذنين لانّ لكل أذن شحمة والعرض من الشحمة الى الشحمة وليس لاذن واحدة شحمتان الرابع يلزم من هذا الحد أن يجب غسل داخل العينين والانف والفم وأصول شعر الحاجبين واللحية والشارب وونيم الذباب ودم البراغيث وليس كذلك وأجيب عن الاوّل انه باعتبار الغالب وعن الثانى بأنّ فيه مقدرا وهو ماذكرناه وان كان فيه تعسف وهو أيضا بعينه عبارة صاحب الهداية حيث قال وحد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتى الاذن لانّ المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد علم ان الفقهاء يتسامحون فى اطلاق العبارات ولكن العبارة المنقحة أن يقال وهو من قصاص شعره الى أسفل ذقنه ومن شحمة الاذن الى شحمة الاذن كما ذكره غيرهما وعن الثالث بما قدرنا أيضا مع ما فيه من المسامحة وعن الرابع انّ هذه الاشياء سقطت للحرج وعلى حدّ من يقول الوجه ما يواجهه الانسان لاتدخل هذه الاشياء لخروجها عن المواجهة ثم اعلم انه لاخلاف فى أنّ ما يشتمل عليه الطول يجب غسله وأمّا ما يشتمل عليه العرض ففيه خلاف أبى يوسف فعنده عرض الوجه من العذار الى العذار وما وراءه ساقط والعذار رأس الخد وهو داخل بالاتفاق هذا فى الملتحى امّا فى غيره فحدّ العرض هو الذى تقدم ذكره وعند مالك العذار وما وراءه لا يدخل فى الغسل مطلقا (ويديه) عطف على قوله وجهه وفيه حذف والتقدير وغسل يديه (بمرفقيه) أى مع مرفقيه والباء تجيء للمصاحبة يقال اشتريت الفرس بسرجه أى مع سرجه وقال زفر المرفقان لا يدخلان فى الغسل لانّ الغاية لاتدخل تحت المغيا قلنا الغاية ههنا لاسقاط ما وراءها لان صدر الكلام ان كان يثبت الحكم فى الغاية وما وراءها قبل ذكرها فيكون ذكرها لاسقاط ما وراءها والا فلامداد الحكم الى تلك الغاية وهى فى صورة النزاع من القبيل الاوّل (ورجليه) عطف على يديه أى وغسل رجليه أيضا (بكعبيه) أى مع كعبيه كما ذكرنا وفيه خلاف زفر أيضا والكعب هو العظم الناتئ عند ملتقى الساق والقدم وهو الصحيح ههنا وما روى من أنه العظم المربع الذى عند معقد الشراك فذاك فى باب الحج (ومسح ربع رأسه) بالرفع عطف على قوله غسل وجهه أى فرض الوضوء أيضا مسح ربع رأسه لحديث المغيرة رضى الله عنه انه عليه السلام مسح على ناصيته أخرجه مسلم وليس هذا بزيادة على الكتاب بخبر الواحد لانّ الكتاب مجمل والتحق الخبر بيانا له وهذه حجة على الشافعى فى تجويزه أقل ما ينطلق عليه اسم المسح وعلى مالك

فى رواية مسح جميع الرأس فرضا فان قلت الخبر يقتضى بيان عين الناصية والمدعى ربع
غير معين فلا يوافق الدليل المدلول قلت الخبر يحتمل معنيين بيان المحل وبيان المقدار وخبر الواحد
يصلح بيانا لمجمل الكتاب والاجمال فى المقدار دون المحل لانه الرأس وهو معلوم فلو كان المراد منه
المعين يلزم نسخ الكتاب بخبر الواحد وعن محمد الواجب قدر ثلاث أصابع ذكرها ابن رستم
عنه فى نوادره (ولحيته) بالجر عطف على رأسه أى ومسح ربع لحيته وهو رواية الحسن عن أبى
حنيفة ويجوز أن يكون عطفا على الربع أى ومسح لحيته فعلى هذا يجب مسح كل اللحية
وهو رواية بشر عن أبى يوسف وعنه لا يجب مسحها أصلا والمختار ان الفرض مسح ما يلاقى
البشرة من الوجه (وسنته) أى سنة الوضوء ثلاث عشرة على ما ذكره الاولى (غسل يديه الى
رسغيه) بضم الراء وسكون السين المهملة وفى آخره غين معجمة وهو منتهى الكف عند المفصل
وذلك لقوله عليه السلام اذا استيقظ أحدكم من منامه فليغسل يديه قبل أن يدخلهما فى وضوئه
فان احدكم لا يدرى اين باتت يده أخرجه البخارى بهذه العبارة وبقية الجماعة بالفاظ مختلفة
وانما قال الى رسغيه لوقوع الكفاية به فى التنظيف (ابتداء) نصب على الظرف أى فى ابتداء
الوضوء وأوله ويجوز أن يكون حالا على تقدير مبتدئا وانما قال (كالتسمية) بكاف التشبيه
تنبيها على أن السنة فى التسمية أيضا أن تكون فى ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن
لم يذكر اسم الله عليه رواه أبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم وقال صاحب الهداية والاصح
انها مستحبة وكيف يكون الاصح انها مستحبة وقد وردت أحاديث كثيرة تدل على سنيتها
على أن جماعة من الظاهرية واسحق وأحمد فى رواية يرون بوجوبها ووقع فى بعض النسخ
والتسمية بالرفع عطفا على غسل يديه وهى الثانية من السنن (و) الثالثة (السواك) أى استعماله
لان نفس السواك ليس بسنة وقال ابن الاثير السواك بالكسر والمسواك ما يدلك به الاسنان
من العيدان يقال ساك فاه يسوكه اذا دلكه بالسواك فاذا لم تذكر الفم قلت استاك وقال
الشارح والسواك يحتمل وجهين أحدهما ان يكون مجرورا عطفا على التسمية والثانى أن يكون
مرفوعا عطفا على الغسل والاول أظهر لان السنة ان يستاك عند ابتداء الوضوء قلت بل
الاظهر هو الثانى لان المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه على ما ذكره صاحب المفيد أن
السواك من سنن الدين فحينئذ يستوى فيه كل الاحوال (و) الرابعة (غسل فمه) وأراد به
المضمضة (و) الخامسة غسل (أنفه) وأراد به الاستنشاق وانما عدل الى هذه العبارة اما لان
الغسل يشعر بالاستيعاب واما تنبيها على حديهما وما قيل انما ذلك للاختصار فليس بشئ
وكيفيتهما أن يتمضمض ثلاثا ويأخذ لكل مرة ماء جديدا او يستنشق كذلك وعند الشافعى
يغرف غرفة فيوزعها عليهما (و) السادسة (تخليل لحيته) عند أبى يوسف وبه قالت الثلاثة
وعندهما هو فضيلة وليس بسنة (و) السابعة (تخليل اصابعه) بالاجماع للحديث المعروف
(و) الثامنة (تثليث الغسل) فالاول فرض والثانى والثالث سنة وقيل الثالث اكمال للسنة
وقيل الثالث نفل وقيل الثانى نفل والثالث سنة وعن أبى بكر الاسكاف ان الثلاث فرض
(و) التاسعة (نيته) أى نية الوضوء فيكون المصدر مضافا الى مفعوله وطوى ذكر الفاعل أى نية
المتوضئ الوضوء ويجوز أن يكون مضافا الى الفاعل أى نية المتوضئ ويكون المحذوف هو

المفعول

المفعول وعند الشافعي فرض وهى قصد قلبه بالوضوء لاستباحة صلاة أو رفع حدث أو امتثال أمر (و) العاشرة (مسح كل رأسه مرة) واحدة وعند الشافعي ثلاثا وعند مالك مسح كل الرأس فرض (و) الحادية عشرة مسح (أذنيه بمائه) أى بماء الرأس وعند الشافعي بماء جديد (و) الثانية عشرة (الترتيب المنصوص) عليه من جهة العلماء وهو أن يبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وعند الشافعي هو فرض (و) الثالثة عشرة (الولاء) بكسر الواو وهى المتابعة وهو ان يغسل العضو الثانى قبل جفاف الاول وقيل أن لا يشتغل بينهما بعمل آخر وعند مالك هو فرض (ومستحبه) أى ومستحب الوضوء شيا آن أحدهما (التيامن) وهو البداءة باليمين فى غسل اليدين والرجلين (و) الآخر (مسح رقبته) لانه عليه السلام مسح عليها * ولما فرغ عن بيان الوضوء شرع فى بيان نواقضه والنقض فى الاجسام ابطال تأليفها وفى غيرها اخراجه عما هو المطلوب والمطلوب من الوضوء استباحة الصلاة وأشار الى ذلك بقوله (وينقضه) أى الوضوء (خروج كل خارج (نجس منه) أى من المتوضئ سواء كان على وجه الاعتياد أو لم يكن خلافا لمالك فى غير المعتاد وسواء كان من السبيلين أو لم يكن خلافا للشافعى فى غير السبيلين والشرط السيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير خلافا لزفر حتى لو نزل البول الى قلفة الذكر ينقض والى قصبته لا ينقض وكذا لو علا الدم أو القيح على رأس الجرح ولم يسل لا ينقض وأشار بالخروج الى أن المخرج لا ينقض حتى لو عصر بثرة أو رفع دما أو نحوه بقطنة عن رأس الجرح لم ينقض (و) ينقضه أيضا (قىء) خلافا للشافعى ووصفه بقوله (ملا فيه) أى فم المتوضئ تنبيها على مذهب زفر فان عنده الامتلاء ليس بشرط ولا فرق بين أنواع القىء أشار الى ذلك بلو الواصلة وهو قوله (ولو) كان القىء (مرة) بكسر الميم أى صفراء (أو) كان (علقا) أى دما جامدا وان كان مائعا فالامتلاء ليس بشرط عند أبى حنيفة خلافا لمحمد وأبو يوسف مضطرب هذا اذا كان صاعدا من الجوف وأما اذا كان نازلا من الرأس فهو ينقض قل أو كثر باتفاق أصحابنا (أو) كان القىء (طعاما أو) كان (ماء) خلافا للحسن فيهما اذا لم يتغير (لا) ينقضه اذا قاء (بلغما) صرفا خلافا لابى يوسف فى الصاعد من الجوف (أو) قاء (دما غلب عليه البزاق) اعتبارا للغالب ولو كان البزاق مغلوبا انتقض وكذا فى التساوى ويعرف ذلك من حيث اللون فان كان أحمر انتقض وان كان أصفر لا ينتقض هذا كله فى الخارج من نفس الفم وأما الخارج من الجوف فقد مر تفصيله وفى التجنيس اذا بزق وخرج معه دم ان كان الدم مغلوبا لا ينقض لانه ما سال بنفسه بل سيله البزاق بخلاف ما اذا كان غالبا أو مساويا للاحتياط ولو عض على شئ وأصابه دم مما بين أسنانه ان كان بحيث لو ترك لا يسيل لا ينقض (والسبب) وهو اتحاد المجلس عند أبى يوسف والباعث وهو الغثيان عند محمد (يجمع متفرقه) أى متفرق القىء وهو على أربعة أوجه اما أن يكون المجلس والباعث متحدين فيجمع اتفاقا واما متعددين فلا يجمع اتفاقا واما أن يكون الاول متحد الاغير واما أن يكون الثانى لا غير ففيهما الخلاف (و) ينقضه أيضا (نوم مضطجع) وهو النائم على جنبه لاسترخاء المفاصل (و) نوم (متورك) وهو النائم على وركه لزوال مقعدته عن الارض وكذا نوم مستند الى شئ لو أزيل لسقط (و) ينقضه أيضا (اغماء) وهو ما يكون العقل به مغلوبا (وجنون) وهو

مايكون العقل به مسلوبا فعن هذا صح الاغماء على الانبياء عليهم السلام دون الجنون (و) ينقضه أيضا (سكر) وحده أن يدخل فى مشيته اختلال واختيار الصدر الشهيد أن لا يعرف الرجل من المرأة (و) ينقضه أيضا (قهقهة مصل) صلاة كاملة حتى لا يكون نقضا فى الجنازة واحترز به عن غير المصلى و بقوله (بالغ) عن غير البالغ لانها ليست بجناية فى حقه وسواء فى ذلك العمد والنسيان خلافا للشافعى مطلقا وهى ما يكون مسموعا لجيرانه بدت أسنانه أولا والضحك ما يكون مسموعا له فقط يبطل الصلاة دون الوضوء والتبسم ما لا صوت فيه فلا ينقض شيئا أصلا (و) ينقضه أيضا (مباشرة فاحشة) خلافا لمحمد وهى أن تنتشر الآلة و يتماس الفرجان (لا) ينقضه (خروج دودة من جرح) لانها متولدة من لحم وهو لو سقط لا ينقض فكذا ما يتولد منه بخلاف الخارجة من الدبر لانها متولدة من الطعام (و) لا ينقضه أيضا (مس ذكر) خلافا للشافعى لحديث بسرة من مس ذكره فليتوضأ ولنا حديث قيس هل هو الا بضعة منك قال الترمذى هذا أحسن شئ فى هذا الباب وحديث بسرة ضعفه جماعة وقال يحيى بن معين ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث مس الذكر ولا نكاح الا بولى وكل مسكر حرام وعن أحمد واسحق مثله وقال الطحاوى لم نعلم أحدا من الصحابة أفتى بالوضوء منه غير ابن عمر وقد خالفه أكثرهم (و) لا ينقضه أيضا مس (امرأة) خلافا للشافعى لقوله تعالى أو لامستم النساء ولنا ما صح انه عليه السلام كان يقبل بعض نسائه ثم يخرج الى الصلاة ولا يتوضأ وفسر الآية ابن عباس بالجماع وهو ترجمان القرآن وهو موافق لما قاله أهل اللغة فقال ابن السكيت اللمس اذا قرن بالمرأة يراد به الجماع تقول العرب لمست المرأة أى جامعتها ويؤيده ما قالت مريم عليها السلام ولم يمسسنى بشر (وفرض الغسل) بضم الغين ثلاثة الاول (غسل فمه) وأراد به المضمضة (و) الثانى غسل (أنفه) وأراد به الاستنشاق وعند الشافعى هما سنتان فيه كما فى الوضوء وعند مالك فرضان فيهما وعند أحمد واجبان فيهما (و) الثالث غسل جميع (بدنه) بالاجماع (لا دلكه) أى لا يفرض دلك بدنه خلافا لمالك (و) لا يفرض أيضا (ادخال) المغتسل (الماء) فى (داخل الجلدة) المتدلية الكائنة (للاقلف) وهو الذى لم يختن لانه خلقة كقصبة الذكر وهذا مشكل لانهم جعلوه كالخارج فى وصول البول الى القلفة و يزول الاشكال على قول من يرى بوجوب ايصال الماء اليه على ما هو الصحيح (وسنته) أى سنة الغسل (أن يغسل يديه) أولا (و) ان يغسل (فرجه) بعد غسل اليدين (و) ان يغسل (نجاسة لو كانت على بدنه) لئلا تشيع قيل قوله ونجاسة يغنى عن ذكر فرجه لانه انما يغسل لاجل النجاسة قلت ذكره للاهتمام واتباعا لما ذكر فى حديث ابن عباس رضى الله عنهما (ثم) بعد ذلك (يتوضا) كوضوئه للصلاة الا رجليه ان كانا فى مجمع الماء (ثم يفيض) أى يسكب (الماء على بدنه ثلاثا) أى ثلاث مرات كذا فى حديث ابن عباس (ولا تنقض) على صيغة المجهول وقوله (ضفيرة) مفعول ناب عن الفاعل أى لا تنقض المرأة ضفيرتها وهى شعرها المعقود الا اذا كانت ملبدة و ينقض الرجل مطلقا الا اذا كان علويا أو تركيا للحرج وانما لا يجب النقض (ان بل أصلها) أى أصل الضفيرة وان لم يبل أصلها يجب نقضها مطلقا (وفرض) الغسل (عند) خروج (منى) الى ظاهر الفرج وهو ماء أبيض خاثر ينكسر به الذكر ويتولد منه الولد وسواء فى ذلك حالتا النوم واليقظة ولكن بقيدين

أحدهما الدفق أشار اليه بقوله (ذى دفق) والآخر الشهوة أشار اليه بقوله (وشهوة) وعند الشافعى خروجه كيفما كان يوجب الغسل ثم وصفها بقوله (عند انفصاله) أى انفصال المنى من مقره لا عند خروجه من رأس الاحليل كما هو مذهب أبى يوسف وفائدة الخلاف فى مواضع فيمن احتلم فمسك ذكره حتى سكنت شهوته ثم خرج لا عن دفق يجب الغسل عندهما خلافا له وفيمن نظر اليها بشهوة فزال المنى عن مكانه ثم فعل كذلك وفيمن اغتسل قبل أن يبول أو ينام ثم سال منه بقية المنى بغير شهوة يعيد الغسل عندهما خلافا له (و) فرض أيضا عند (توارى) أى تغيب (حشفة) وهى مافوق الختان (فى قبل) أى فى فرج امرأة (أو دبر) من رجل أو امرأة (عليهما) أى على الفاعل والمفعول به وانما لم يقل التقاء الختانين كما قال غيره لانه لا يتصور فى الدبر وقالت الظاهرية لا يجب الا بالانزال (و) فرض أيضا عند انقطاع (حيض و) عند انقطاع (نفاس) وهو الدم المتعقب للولادة (لا) يفرض عند خروج (مذى) بالذال المعجمة وهو ماء رقيق أبيض يخرج عند ملاعبة الرجل أهله (و) لا يفرض أيضا عند خروج (ودى) بسكون الدال المهملة وهو ماء غليظ يعقب البول (و) لا يفرض أيضا عند (احتلام بلا) وجود (بلل) ولو رأى بللا ولم يتذكر احتلاما يجب عليه الغسل عندهما خلافا لابى يوسف والثلاثة (وسن) الغسل (للجمعة) أى لصلاتها وهو الصحيح وقال الحسن ليومها وفائدته فيمن اغتسل قبل الصلاة ثم أحدث وتوضأ وصلى الجمعة أو اغتسل بعدها قبل الغروب أو كان ممن لا تجب عليه الجمعة كأهل البرية والمسافر والمرأة فانه لا يسن الاغتسال فى حقهم خلافا للحسن وعند مالك غسل يوم الجمعة فرض وبه قالت الظاهرية (و) سن أيضا (للعيدين و) عند (الاحرام) للحج أو العمرة (و) يوم (عرفة) لورود السنة كذلك (ووجب) الغسل (للميت) أى لاجله وجب فعله على الحى (و) كذا يجب (لمن أسلم) حال كونه (جنبا) وكان ينبغى أن يقال وعلى من أسلم لان الغسل انما يجب على الكافر الذى أسلم وفعله أيضا يجب عليه بخلاف الميت فانه ليس بأهل لان يجب عليه شئ وانما يجب على الحى اقامة الغسل فى حقه فناسب أن يذكر اللام فيه دون ما عطف عليه فافهم (والا) أى وان لم يكن الكافر الذى أسلم جنبا (ندب) أى استحب ومن المندوب الاغتسال لدخول مكة والوقوف بمزدلفة ودخول مدينة النبى صلى الله عليه وسلم والمجنون اذا أفاق والصبى اذا بلغ بالسن * ولما فرغ عن بيان الطهارتين شرع فى بيان آلة التطهير وهى المياه بأقسامها فقال (ويتوضأ) أى مريد الصلاة (بماء السماء) أى المطر وماذاب من الثلج والبرد (و) يتوضأ بماء (العين و) بماء (البحر) أيضا قيل لو قال يتطهر عوض يتوضأ كان أولى لشموله الوضوء والغسل وغيرهما يقال اذا عرف الحكم فى الوضوء عرف فى غيره لا يقال كيف جعل ماء العين والبحر غير ماء السماء والكل ماء السماء لقوله عز وجل ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع فى الارض لان القسمة على ما تشهد به العادة فلا ينكر ذلك (وان) واصلة بما قبله يعنى وان (غير) شئ (طاهر) اختلط بالماء (أحد أوصافه) وهى اللون والطعم والريح كزعفران اختلط بالماء فغير لونه فقط لاطلاق اسم الماء عليه حتى لو غير وصفين منه بأن غير اللون والطعم أو اللون والريح لا يجوز لزوال الاطلاق عنه وقالت الثلاثة لا يجوز مطلقا (أو أنتن) الماء (بالمكث) أى بطول الاقامة فى موضعه وهو

عطف على قوله غير (لا) يتوضأ (بماء تغير بكثرة الاوراق) التي وقعت فيه أيام الخريف لزوال الاطلاق (أو) تغير (بالطبخ) على النار (أو اعتصر) الماء (من شجر أو ثمر) لما ذكرنا (او غلب عليه) أي على الماء (غيره) من الاشياء الطاهرة (اجزاء) أي من حيث الاجزاء وهو أن يخرجه عن صفته الاصلية بأن يثخن لا أن يكون من حيث الوزن أكثر وذكر الاسبيجابي ان الغلبة تعتبر أولا من حيث اللون ثم من حيث الطعم ثم من حيث الاجزاء ويقال الاعتبار لتغير الاوصاف الثلاثة أو أكثرها ويقال الاعتبار لرقة الماء وثخانته ويقال الاعتبار للغلبة بالاجزاء الذاتية فنقول الضابط هنا والموفق لهذه الاقوال ان الماء اذا خالطه شئ لا يخلو اما أن يكون جامدا أو مائعا فان كان جامدا فما دام يجري على الاعضاء فالماء غالب وان كان مائعا فلا يخلو اما أن يكون مخالفا للماء في الاوصاف كلها أو في بعضها أو لا يكون فان لم يكن كالماء المستعمل على القول الصحيح انه طاهر يعتبر بالاجزاء حتى لو كان الماء رطلين والمستعمل رطلا فحكمه حكم المطلق وبالعكس كالمقيد وان كان مخالفا فيها فان غير الثلاث أو أكثرها لا يجوز الوضوء به والا فان خالفه في وصف واحد أو وصفين تعتبر الغلبة من ذلك الوجه كاللبن مثلا يخالفه في اللون والطعم فان كان لون اللبن أو طعمه هو الغالب لم يجز الوضوء به والا جاز وكماء البطيخ يخالفه في الطعم فيعتبر الغلبة فيه بالطعم فعلم من هذا ان مراد من اعتبر الرقة والثخانة ما اذا كان المخالط له جامدا ومراد من اعتبر الغلبة بالاجزاء ما اذا كان المخالط له لا يخالفه في شئ من الاوصاف فافهم فانه موضع أشكل على كثير من الناس (و) لا يتوضأ ايضا (بماء دائم) أي غير جار وقع (فيه نجس) هذا (ان لم يكن) هذا الماء الدائم (عشرا) أي عشرة أذرع (في عشر) أي في عشرة أذرع بذراع الكرباس وهي ذراع العامة ست قبضات أربع وعشرون اصبعا وقيل بذراع المساحة وهي ذراع الملك كسرى سبع قبضات باصبع قائمة ويمكن أن يستأنس على هذا بحديث بئر بضاعة وقد حققناه في شرحنا للطحاوي قيد بقوله ان لم يكن عشرا في عشر لانه اذا كان عشرا في عشر يكون حينئذ كالماء الجاري أشار اليه بقوله (فهو) أي العشر في العشر (كالجاري) أي كالماء الجاري وهكذا وقع في الكتاب بالفاء والصواب أن يكون بالواو لئلا يلتبس بالجواب فيفسد المعنى ولكن اذا جعلنا الفاء تفسيرية يزول الاشكال وعمدة الشافعي في هذا الباب على القلتين فاذا بلغهما لا ينجس الا بالتغير وبه قال أحمد وعمدة مالك على التغير مطلقا ثم أشار الى تفسير الجاري بقوله (وهو) أي الجاري (ما يذهب بتبنة) وقيل ما يعده الناس جاريا وهو الاصح ثم أشار الى حكم الجاري اذا وقعت فيه نجاسة بقوله (فيتوضأ منه) أي من الجاري الذي وقع فيه النجس (ان لم ير اثره) أي أثر النجس فيه ويجوز ان يعود الضمير في منه الى الماء الدائم الذي بلغ عشرا في عشر وأراد انه يجوز الوضوء منه في غير موضع الوقوع وفي موضع الوقوع أيضا ما لم يتغير في رواية مختارة ثم أشار الى تفسير الاثر بقوله (وهو) أي الاثر (طعم أو لون أو ريح) فهذه أوصاف عارضة على الذات (وموت) مرفوع بالابتداء مضاف الى (ما لا دم) سائل (له فيه) أي في الماء وغيره من المائعات وذلك (كالبق) بتشديد القاف (والذباب) بتخفيف الباء (والزنبور) بضم الزاي بأنواعه حتى النحل (والضفدع) بكسر الضاد وأراد به المائي دون البري (والسرطان) وكذا السمك بأنواعه وقوله (لا ينجسه) خبر المبتدأ أي لا ينجس الماء وعن الشافعي

انها

انها نجسة وبه قال مالك وأحمد في رواية (والماء) مبتدأ وقوله (المستعمل) صفته أي الذي
استعمل في الوضوء أو الغسل (لقربة) أي لاجل تقرب الى الله تعالى بأن توضأ على وضوء (أو)
لاجل رفع (حدث) أصغر أو أكبر وأشار بهذا الى أن سبب الاستعمال هو أحد الامرين
المذكورين وهو مذهب أبي يوسف وعن محمد التقرب فقط ثم انما يصير مستعملا (اذا استقر
في مكان) سواء كان أرضا أو اناء أو كف المتوضئ وقيل يصير مستعملا بمجرد الانفصال من
العضو وان لم يستقر في مكان قيل هو الصحيح والذي يصيب منديل المتوضئ أو ثيابه عفو في
الاقوال كلها أما على ما اختاره الشيخ فظاهر وأما على القول الآخر فللحرج وقوله (طاهر)
خبر المبتدا وأشار بهذا الى صفة الماء المستعمل وعليه الفتوى وعن أبي حنيفة انه نجس مغلظ
وبه أخذ الحسن وعنه انه مخفف وبه أخذ أبو يوسف وعند زفر ان كان مستعمله طاهرا
فهو طاهر وطهور وان كان غير طاهر فهو طاهر غير طهور وعند مالك طاهر وطهور مطلقا وبه
قال الشافعي في قول وأحمد في رواية وعنه كالصحيح وأشار بقوله (لا مطهر) الى حكم الماء
المستعمل أي لا مطهر للاحداث مطلقا (ومسئلة البئر) كلام اضافي مبتدأ وقوله (جحط) في
موضع الرفع على الخبرية تقديره مسئلة البئر يضبط فيها بحروف جحط فالجيم من النجس والحاء من
الحال والطاء من الطاهر صورتها رجل انغمس في البئر لطلب الدلو وهو جنب فالماء والرجل
نجسان عند أبي حنيفة لان بأول الملاقاة تنجس الماء والرجل على حاله لنجاسة الماء المستعمل
عنده وعنه الرجل طاهر في الاصح وعند أبي يوسف كلاهما بحاله أما الرجل فلعدم الصب
وأما الماء فلعدم التقرب أو ازالة الحدث وعند محمد كلاهما طاهران أما الرجل فلعدم اشتراط
الصب وأما الماء فلعدم التقرب وانما دلت هذه الحروف الثلاثة على أصحابنا الثلاثة بهذا الترتيب
لانهم على هذا الترتيب في الخارج فالامام هو المقدم ثم أبو يوسف ثم محمد رحمهم الله فلذلك قدم
الحرف الذي دل على قول أبي حنيفة ثم الحرف الذي دل على قول أبي يوسف ثم الحرف الذي دل
على قول محمد فافهم (وكل اهاب) وهو الجلد الذي لم يدبغ ويتناول ذلك بعمومه جلد ما يؤكل
وما لا يؤكل (دبغ) بدباغة حقيقية كالقرظ والشب ونحوهما أو حكمية كالتتريب والتشميس
والالقاء في الريح (فقد طهر) ظاهرا وباطنا خلافا لمالك في قوله يطهر ظاهره دون باطنه فتجوز
الصلاة عليه والوضوء منه عندنا وعن مالك لا تطهر جلود الميتات أصلا وبه قال أحمد في رواية
وعند الشافعي لا يطهر جلد الكلب (الا جلد الخنزير) استثناء من قوله طهر لنجاسة عينه وقيل
لعدم قبول جلده الدباغ فعلى هذا الاستثناء من قوله دبغ (و) الا جلد (الآدمي) لكرامته وانما
أخره لان الموضع موضع اهانة كما في قوله تعالى لهدمت صوامع وبيع وصلوات (وشعر
الانسان) كلام اضافي مبتدأ (و) شعر (الميتة وعظمهما) بالرفع عطف على الشعر أي عظم
الانسان والميتة (طاهران) خبر المبتدا وما عطف عليه وعند الشافعي هما نجسان وقال مالك شعر
الميتة طاهر دون عظمها (وينزح) ماء (البئر) والاسناد فيه من قبيل اسم المحل على الحال كجرى
الميزاب وسال الوادي (بوقوع نجس) بعد اخراجه منها من أي نوع كان من النجاسة (لا) ينزح
(ببعرتي ابل) وقعتا فيها (و) ببعرتي (غنم) للبلوى (و) وقوع (خرء حمام و) خرء (عصفور) لعدم
النجاسة فلو وقع ثلاث بعرات ينزح لانه كثير ولا فرق بين الصحيح والمنكسر والرطب واليابس

والخثى والروث لشمول الضرورة وهو الصحيح وكذا لا فرق بين آبار الفلوات والامصار
(وبول مايؤكل) من الحيوانات (نجس) عندهما وقال محمد طاهر لقصة العرنيين (لا) يكون
الخارج من بدن الانسان نجسا (مالم يكن حدثا) كالقيء القليل والدم اذا لم يسل (ولا يشرب) بول
مايؤكل لحمه (اصلا) يعنى فى حالة من الاحوال عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يجوز للتداوى
وقال محمد يجوز مطلقا (و) ينزح (عشرون دلوا) قال الشارح هذا معطوف على البئر ثم قال
وفيه اشكال وهو أنه يصير معناه ينزح البئر وعشرون دلوا وأربعون وكله فيفسد المعنى وليس
هذا بمراد وانما المراد ان ينزح البئر اذا وقع فيها نجس ثم ذلك النجس ينقسم الى ثلاثة أقسام منه
مايوجب عشرين ومنه مايوجب أربعين ومنه مايوجب الجميع فليس نزح البئر مغايرا لهذه الثلاثة
وانما هو تفسير وتقسيم لذلك النزح المبهم قلت هذا كله تعسف وانما فيه حذف والتقدير وينزح
من البئر عشرون دلوا عند وقوع نحو فأرة وهذه الجملة معطوفة على الجملة الاولى وبين فى الجملة
الاولى ان الحكم نزح كل الماء وفى الجمل المعطوفة نزح البعض بحسب الواقع وقوله (وسطا)
صفة للدلو وهى الدلو المستعملة فى الآبار بالبلدان ويقال الكبير مازاد على الصاع والصغير مادون
الصاع والوسط الصاع وقيل عشرة ارطال وانما يجب نزح العشرين (بموت نحو فأرة) ومايقاربها
فى الجثة كالصعوة والسودانية وسام أبرص بشرط أن لاتكون مجروحة فان فى المجروحة
ينزح جميع الماء والفأرتان كفأرة وعن أبى يوسف الى أربع كفأرة والخمس كالدجاجة الى تسع
والعشر كالشاة (و) ينزح (أربعون) دلوا وسطا (بنحو حمامة) وهرة ودجاجة ونحوها (و) ينزح
(كله) أى كل ماء البئر (بنحو شاة) وآدمى وكلب ونحوها لان ابن عباس وابن الزبير رضى الله
عنهم أفتيا بذلك حين مات الزنجى فى بئر زمزم ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فكان اجماعا
رواه الطحاوى (و) كذا ينزح كله لاجل (انتفاخ حيوان) واقع فيها (أو) لاجل (تفسخه) صغر
الحيوان أو كبر لانتشار البلة فى اجزاء الماء (و) ينزح من البئر (مائتان) من الدلاء فى الصورة
التى يجب نزح الكل (لولم يمكن نزحها) لكونها معينا وهذه فتوى محمد رحمه الله وعن أبى
حنيفة ينزح حتى يغلبهم الماء والغلبة قيل هى العجز وقيل غلبة الظن (ونجسها) أى نجس البئر
(مذ ثلاث) ليال وانما قدرنا بليال دون الايام لانه ذكر الثلاث بدون التاء ولا فرق بينهما
فى الحقيقة لانه اذا تمت احداهما ثلاثة تمت الاخرى وقوله (فأرة) بالرفع فاعل نجس ووصفها
بقوله (منتفخة) لانها اذا لم تنتفخ لها حكم آخر كما يأتى الآن وهو أعم من أن تقع فى البئر
حية وتموت ثم تنتفخ أو تقع ميتة منتفخة والحال انه قد (جهل) أى لم يدر (وقت وقوعها) فيها
قيد بذلك لانه اذا علم وقت وقوعها تنجس البئر من وقت الوقوع بالاتفاق (والا) أى وان لم تكن
منتفخة نجسها (مذ يوم وليلة) وهذا عند أبى حنيفة وقالا يحكم بنجاستها من وقت العلم بها
مطلقا ولا يلزمهم اعادة شئ من الصلوات ولا غسل ما أصابه ماؤها وهو القياس وله وهو
الاستحسان ان وقوع الحيوان الدموى فى الماء سبب لموته لاسيما فى البئر فيحال به على السبب
الظاهر دون الموهوم احتياطا كالمجروح اذا لم يزل صاحب فراش حتى مات يحال به على الجرح
حتى يجب موجبه وأما التقدير بالثلاث فى المنتفخ فلانه لاينتفخ غالبا الابعد ثلاثة أيام ويوم
وليلة فى غيره فلان مادونهما ساعات لاتضبط (والعرف) أى عرق كل حيوان فى الحكم

(كالسؤر) أى كسؤر ذلك الحيوان فان كان طاهرا فعرقه طاهر وان كان نجسا فنجس وان كان
مكروها فمكروه وكان القياس على هذا ان يكون عرق الحمار مشكوكا فيه كسؤره ولكن خص
هذا بالنص وهو ركوبه عليه السلام الحمار معرورىا والحر حر الحجاز والثقل ثقل النبوة
(وسؤر الآدمى) وهى بقية الماء التى يبقيها وسواء كان طاهرا أو جنبا أو محدثا أو حائضا
او نفساء أو صغيرا أو كبيرا أو مسلما أو كافرا أو ذكرا أو أنثى الا حالة شرب الخمر فان بلع ريقه ثلاث
مرات طهر فمه وكان ينبغى أن يتنجس سؤر الجنب لسقوط الفرض به ولكن قيل لم يرفع الحدث
للضرورة وقيل يرفع ولكن لا يصير مستعملا للحرج وانما قال (والفرس) وان كان داخلا
فى قوله (و) سؤر (مايؤكل) لحمه لاجل الاختلاف فى اكل لحمه ولكن سؤره طاهر لان لعابه متولد
من لحمه وهو طاهر وحرمته على قول أبى حنيفة لكونه آلة للجهاد لا لنجاسته ألا ترى أن لبنه حلال
بالاجماع وقوله (طاهر) خبر المبتدا أعنى قوله وسؤر الآدمى (والكلب) بالرفع على حذف
المضاف واقامة المضاف اليه مقامه أى وسؤر الكلب (و) سؤر (الخنزير و) سؤر (سباع
البهائم) كالاسد والنمر والذئب ونحوها (نجس) خلافا لمالك فى الكلب والخنزير وللشافعى
فى سباع البهائم ولا يجوز جره عطفا على ماقبله من المجرور على أصل سيبويه لانه يلزم العطف على
عاملين وهو ممتنع خلافا للفراء ولو قيل انه مجرور بعد حذف المضاف وترك المضاف اليه على حاله
كان جائزا ولكنه قليل (و) سؤر (الهرة و) سؤر (الدجاجة المخلاة) أى المسيبة وكذلك
الابل والبقر الجلالة (و) سؤر (سباع الطير) كالعقاب والصقر والشاهين ونحوها (و) سؤر
(سواكن البيوت) كالحية والعقرب والفأرة ونحوها (مكروه) والكلام فيه كالكلام فيما قبله
أما الهرة فلقوله عليه السلام السنور سبع أخرجه الحاكم والمراد بيان الحكم وقال أبو يوسف
سؤرها طاهر لا كراهة فيه لحديث الاصغاء وبه قالت الثلاثة ولهما ان الحديث يقتضى تنجسه
ولكنه سقط لعلة الطوف فالقول بالكراهة جمع بين الدليلين هذا اذا كان واجدا للماء وعند
عدمه لا يكره لانه طاهر لا يجوز المصير الى التيمم مع وجوده وأما الدجاجة المخلاة فلانها لا تتحامى
من النجاسة وأما سباع الطير فالقياس أن يكون سؤرها نجسا لان لحمها حرام ولكنها لما كانت
تشرب بمنقارها وهو عظم جاف لم يؤثر فى تنجيسها فبقى على الكراهة وأما سواكن البيوت
فللضرورة والا فالقياس يقتضى التنجيس (و) سؤر (الحمار و) سؤر (البغل مشكوك) فيه فقيل
فى طهارته وقيل فى طهوريته وقيل فيهما جميعا وذلك لتعارض النصوص فى حق الحمار وأما
البغل فهو من نسله ومعنى الشك التوقف فيه فلا ينجس الطاهر ولا يطهر النجس هذا اذا كانت
أمه أتانا فظاهر لان الام هى المعتبرة فى الحكم وان كان فرسا فينبغى أن يؤكل عندهما وطاهرا
عند أبى حنيفة وفى الغاية اذا نزا الحمار على الرمكة لا يكره لحم البغل المتولد منهما عند محمد فعلى
هذا لا يصير سؤره مشكوكا واذا كانت أمه بقرة ينبغى أن يؤكل بالاتفاق فاذا كان كذلك
(يتوضأ به) أى بالمشكوك (ويتيمم ان فقد) أى عدم (ماء) مطلقا لم يرتفع الحدث بيقين (وأيا) أى
أى الاثنين من الوضوء به والتيمم (قدم صح) لان المقصود حصول الطهارة باليقين وقال زفر لا بد
من تقدم الوضوء (بخلاف نبيذ التمر) حيث لا يجمع بينه وبين التيمم بل يتوضأ به عند أبى حنيفة
لحديث ليلة الجن وهو مذهب على وابن عباس وجماعة من التابعين رضى الله عنهم وعند أبى

يوسف وهو رواية عنه أنه يتيمم ولا يتوضأ به لانه ليس بماء مطلق وبهذا أفتى عنه ابن مسعود رضى الله تعالى عنه اسم الماء وقال محمد وهو رواية عنه انه يجمع بينهما احتياطا والفتوى على قول أبي يوسف وروى نوح رجوع أبي حنيفة الى قوله ويشترط النية عند التوضؤ به كالتيمم واختلفوا في جواز الغسل به قال في المبسوط يجوز على الاصح وقال في المفيد الاصح أنه لا يجوز واختلفوا في النبيذ الذي يجوز التوضؤ به قال في المفيد والمزيد الماء الذي ألقي فيه تمرات فصار حلوا ولم يزل عنه اسم الماء وهو رقيق يجوز الوضوء به بلا خلاف بين أصحابنا وان طبخ أدنى طبخة يجوز الوضوء به حلوا كان أو مرا أو مسكرا قال وهو الاصح لان المتنازع فيه المطبوخ الذي زال عنه اسم الماء وقال صاحب الهداية وان غيرته النار ما دام حلوا فهو على هذا الاختلاف فعند أبي حنيفة يجوز التوضؤ به لانه يجوز شربه عنده وهذا يناقض ما ذكره هو بنفسه في باب الماء الذي يجوز به الوضوء لانه قال هناك وان تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضؤ به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار غيرته

هذا (باب) في بيان أحكام (التيمم)

ثلث به تأسيا بكتاب الله تعالى أولانه قدم الوضوء لانه الاعم ثم الغسل لانه الاقل ثم بالخلف لانه أبدا يلي الاصل وهو لغة القصد قال الشاعر

فلا أدرى اذا يممت أرضا * أريد الخير أيهما يليني

وشرعا قصد الصعيد الطاهر واستعماله بصفة مخصوصة لاقامة القربة (يتيمم) المكلف (لبعده) أي لاجل بعد نفسه (ميلا) أي مقدار ميل وهو ثلث الفرسخ أربعة آلاف خطوة وهي ذراع ونصف بذراع العامة وهو أربع وعشرون اصبعا بعدد حروف لا اله الا الله محمد رسول الله وسواء كان ذلك في المصر أو خارجها وقيل في المسافر اذا كان الماء امامه يقدر بميلين وعن محمد أنه يقدر بميلين مطلقا وما ذكره المصنف هو أقرب الاقوال وقوله (عن ماء) يتعلق بالبعد وقوله (أو) في المواضع كلها للتنويع والتقسيم أي أو يتيمم أيضا (لمرض) أي لاجل مرض سواء خاف ازدياده أو طوله باستعمال الماء أو بالتحرك أو لم يقدر على استعماله بنفسه ولم يوجد من يوضؤه فان وجد ففي ظاهر المذهب لا يتيمم وعن أبي حنيفة انه يتيمم خلافا لهما وعند الشافعي لا يجوز الا اذا خاف على نفسه أو عضوه وبه قال أحمد (أو) لاجل (برد) سواء كان مقيما أو مسافرا كان محدثا أو جنبا عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز للمقيم والصحيح أنه لا يجوز للمقيم المحدث (أو) لاجل (خوف عدو) حائل بينه وبين الماء (أو) لاجل خوف (سبع) حائل بينهما وكذلك الحية والنار (أو) لاجل خوف (عطش) على نفسه أو رفيقه أو دابته وقيل أو على كلبه أيضا (أو) لاجل (فقد آلة) السقي والاخذ لانه كالعدم (مستوعبا) حال من الضمير الذي في يتيمم من الاحوال المقدرة ويجوز أن يكون صفة لمصدر محذوف أي يتيمم تيمما مستوعبا (وجهه ويديه) وعن أبي حنيفة ان الاستيعاب ليس بشرط والفتوى على الاول حتى يحرك الرجل خاتمه والمرأة سوارها أو ينزعانهما وأشار بقوله (مع مرفقيه) الى أنهما يدخلان في المسح وبه قال الشافعي وقال مالك وأحمد يمسح يديه الى الرسغين وقال زفر لا يدخل المرفقان كما في الوضوء والباء في (بضربتين) يتعلق بقوله يتيمم ويجوز أن يتعلق بمستوعبا وعن مالك يكتفي

بضربة واحدة وبه قال أحمد فى رواية وداود (ولو) كان المتيمم (جنبا أو حائضا) أو نفساء فانه يكفى ضربتان لحديث عمار رضى الله عنه والباء فى قوله (بطاهر) فى محل الجر صفة لضربتين أى بضربتين ملتصقتين بطاهر ولما كان الطاهر فى نفسه عاما يتناول كل طاهر بينه بمن البيانية بقوله (من جنس الارض) كالتراب والحجر والكحل والزرنيخ والنورة والجص والمغرة والكبريت والياقوت والزبرجد والبلخش والفيروزج والمرجان والملح الجبلى لا المائى والخزف من طين خالص والذهب والفضة والحديد والنحاس مادامت على الارض وبعد السبك لايجوز وقال الشافعى لايجوز الا بالتراب الخالص وقال أبو يوسف به وبالرمل خاصة وقال مالك يجوز بكل متصل بالارض حتى الثلج والنبات (وان) واصلة بما قبله أى وان (لم يكن عليه) أى على الطاهر من جنس الارض (نقع) أى غبار وهو بفتح النون وسكون القاف وفى آخره عين مهملة وهذا عند أبى حنيفة وقال محمد لايجوز ان لم يكن عليه نقع والباء فى (وبه) تتعلق بمحذوف أى ويجوز التيمم أيضا بالنقع فان نفض ثوبا أو حصيرا طاهرا ثم تيمم بغباره جاز ذلك (بلا عجز) ايضا وقال أبو يوسف لايجوز الا عند العجز عن التراب وانتصاب (ناويا) على الحال من الضمير الذى فى يتيمم فينوى عبادة مقصودة كصلاة الظهر مثلا أو سجدة التلاوة حتى لو تيمم لدخول المسجد أو الاذان أو الاقامة لايؤدى به الصلاة وفى التيمم لقراءة القرآن روايتان قيل الصحيح انه لايجوز وقال زفر لايشترط النية كما فى الوضوء ثم فرع على هذا بالفاء بقوله (فلغا) يعنى اذا كانت النية فرضا فحينئذ لغا (تيمم كافر) لعدم القربة حتى اذا أسلم لايصلى به خلافا لزفر (لا) يلغو (وضوءه) اذا توضأ فى كفره فان المأمور به فيه هو غسل الاعضاء وقد وجد حتى لو أسلم يجوز له أن يصلى بذلك الوضوء خلافا للشافعى وعن أبى يوسف اذا تيمم لنية الاسلام ثم أسلم صح ويصلى به (ولا ينقضه) أى التيمم (ردة) خلافا لزفر على قول من يرى بوجوب النية كما تكلم أبو حنيفة فى المزارعة على قول من يراها (بل) ينقضه (نواقض الوضوء) لانه خلف عنه فيأخذ حكمه (و) ينقضه أيضا (قدرة ماء) بشرطين الاول أن لايكون محتاجا اليه فى شرب نفسه أو رفيقه أو دابته أو كلبه أو لعجينه أشار اليه بقوله (فضل عن حاجته) والجملة صفة للماء والثانى وهو الذى أهمله المصنف أن يكون كافيا للوضوء (فهى) أى القدرة على الماء (تمنع التيمم) ابتداء (وترفعه) أى التيمم انتهاء يعنى بعد ما تيمم ولا فرق فيه فى الصلاة أو خارجها وقال الشافعى لا ينتقض تيممه اذا وجده وهو فى الصلاة (وراجى الماء) بعد فقده (يؤخر الصلاة) استحبابا ليقع بأكمل الطهارتين وقال الشافعى لايؤخر مالم يتيقن وقال مالك يتيمم فى وسط الوقت لايؤخر جدا ولا يعجله وقال أحمد التأخير أفضل بكل حال (وصح) التيمم (قبل) دخول (الوقت) لانه طهارة مطلقة وقال الشافعى لايجوز لعدم الاحتياج (و) يصح تيمم واحد أيضا (لفرضين) وأكثر لما ذكرنا وقال الشافعى لايصح الا لفرض واحد مع أتباعه (و) صح أيضا لاجل (خوف فوت صلاة جنازة) اذا لم يكن وليها لانه ينتظر وفى ظاهر الرواية يجوز للولى أيضا وقال الشافعى لايجوز أصلا (و) خوف فوت صلاة (عيد) خلافا للشافعى أيضا وفى البدائع الامام فى العيد لايتيمم فى رواية الحسن وفى ظاهر الرواية يجزيه لانه يخاف الفوت بزوال الشمس حتى لو لم يخف لايجزيه (ولو) كان مصلى العيد يبنى (بناء) بأن شرع بالوضوء ثم أحدث جاز له التيمم عند أبى حنيفة خلافا لهما قيل هذا

اختلاف زمان لا برهان (لا) يصح التيمم لاجل خوف (فوت) صلاة (جمعة و) صلاة (وقت) لانهما خلفا وقال زفر ومالك يجوز لخوف الوقتية (ولم يعد) المصلى صلاته (ان صلى به) أى التيمم (و) الحال أنه قد (نسى الماء فى رحله) أى منزله وقال أبو يوسف يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره أو بغير أمره وهو يعلمه وان كان بغير علمه لا يعيد اتفاقا ولو كان معلقا على دابة فان كان راكبا وكان الماء فى مؤخرها فهو على الخلاف وان كان فى مقدمها يعيد بالاتفاق وان كان سائقا فالحكم بالعكس وان كان قائدا جاز له كيفما كان ولو كان على شاطئ النهر فعن أبى يوسف روايتان فى الاعادة ذكره فى المحيط (ويطلبه) أى الماء (غلوة) أى قدر غلوة وهى رمية سهم وقيل ثلثمائة ذراع الى أربعمائة (ان ظن قربه) أى قرب الماء لان غلبة الظن كاليقين (والا) أى وان لم يظن (لا) يجب الطلب وقال الشافعى يجب ولا يتيمم حتى يطلبه (ويطلبه) أى الماء (من رفيقه) فلو تيمم قبل الطلب جاز عند أبى حنيفة خلافا لهما (فان منعه) أى فان منع رفيقه الماء (تيمم) بلا خلاف (وان لم يعطه) أى الماء رفيقه (الا بثمن مثله) فى ذلك الزمان والمكان (و) الحال ان (له ثمنه لا يتيمم) بل يشتريه ويتوضأ (والا) أى وان لم يعطه أصلا أو أعطاه ولكن بثمن أكثر من ثمن المثل بأن طلب درهما ونصفا فيما يساوى درهما (تيمم) دفعا للضرر وعن الحسن البصرى يلزمه الشراء بجميع ماله فلا يؤخذ بهذا (ولو) كان (أكثره) أى اكثر بدن المكلف (مجروحا) والاقل صحيحا (تيمم) ولا يغسل الصحيح لئلا يكون جامعا بين البدل والمبدل (وبعكسه) وهو ما اذا كان أكثر بدنه صحيحا وأقله مجروحا (يغسل) الصحيح ويمسح على الجبائر المشدودة (ولا يجمع بينهما) أى بين الغسل والتيمم وقال الشافعى يغسل الاعضاء الصحيحة ويتيمم على الاعضاء الجريحة وبه قال أحمد

هذا * (باب) فى بيان أحكام (المسح على الخفين) *

انما أخره وان كان الوجه تقديمه على التيمم لكونه خلفا عن البعض أو لانه ثابت بالسنة والتيمم بالكتاب فيكون أقوى (صح) المسح على الخفين (ولو) كان المكلف الذى يريد المسح (امرأة) لعموم النص ونبه بلفظ صح على أنه اذا ترك المسح فلا بأس عليه بخلاف التيمم فانه فرض عند عدم الماء (لا) يصح المسح اذا كان (جنبا) بأن توضأ ولبس الخفين ثم أجنب فتيمم للجنابة ثم أحدث ومعه ماء يكفى للوضوء لا يجوز له المسح لان الجنابة سرت الى القدمين (ان لبسهما) أى الخفين (على وضوء تام) احترز به عن وضوء غير مسبغ بأن بقى من أعضائه لمعة لم يصبها الماء فأحدث قبل الاستيعاب لا يجوز له المسح وعن وضوء ناقص أيضا بأى شئ كان نقصه كوضوء المستحاضة ومن بمعناها اذا لبسوا الخف ثم خرج الوقت وكالمتيمم اذا لبس خفيه ثم وجد الماء فانهم لا يمسحون لعدم اللبس على وضوء تام وعن الوضوء بنبيذ التمر لانه وضوء ناقص فلا يجوز المسح فى رواية ويجوز فى أخرى كسؤر الحمار ثم تمامه عندنا (وقت الحدث) ووقت اللبس عند الشافعى حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم أتم الوضوء قبل أن يحدث جاز له المسح وكذا لو لبسهما محدثا وخاض الماء حتى دخل الماء فيهما ثم أتم سائر الاعضاء ثم أحدث جاز له أيضا خلافا له فيهما ثم أشار الى بيان مدة المسح بقوله (يوما وليلة) مضروبتين (للمقيم) وقال مالك لا يجوز للمقيم (وللمسافر ثلاثا) أى ثلاث ليال بأيامها وقال مالك يترخص بلا مدة والحجة عليه ما روى عنه

عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها ثم ابتداء مدته تعتبر (من وقت
الحدث) الذي يوجد بعد اللبس وعند الثلاثة من وقت اللبس وعن أحمد من وقت المسح حتى
لو توضأ مقيم عند طلوع الفجر ولبس عند طلوع الشمس وأحدث بعد ما صلى الظهر يصلي الظهر
من الغد بالمسح لا العصر وعندهم لا يصلي الظهر أيضا بالمسح ثم أشار الى بيان محل المسح بقوله
(على ظاهرهما) ويتعلق الجار والمجرور بالمحذوف أي يمسح على ظاهر الخفين فلا يجوز مسح
باطنه أو عقبيه أو ساقيه أو جانبيه أو كعبيه وقال مالك والشافعي في قول يمسح على ظاهره
وباطنه ويمسح (مرة) واحدة بلا خلاف وقال عطاء ثلاثا كالغسل والباء في (بثلاث أصابع)
يتعلق بالمحذوف الذي قدرناه أي يمسح بثلاث أصابع من أصابع اليد لانها آلته وقال الكرخي
من أصابع الرجل والاول أصح وقيد بالثلاث لانه اذا مسح باصبعين لم يجزه وكذا
لو مسح باصبع واحدة ثلاثا من غير ان يأخذ ماء جديدا ولو مسح باصبع واحدة ثلاث مرات
وأخذ لكل مرة ماء جديدا جاز (يبدأ) الماسح (من الاصابع) أي من أصابع رجله
(الى الساق) ولو بدأ من الساق جاز وترك السنة (والخرق الكبير) بالباء الموحدة وبالثاء
المثلثة أيضا الحاصل في الخف (يمنع) المسح وعند مالك لا يمنع الا اذا ظهر أكثر القدم (وهو)
أي الخرق الكبير (قدر ثلاث اصابع القدم) لانها أصل في القدم حتى يجب بقطعها الدية
وللاكثر حكم الكل والثلاث أكثرها وأقل من هذا لا يمنع خلافا لزفر والشافعي في قول وقوله
(أصغرها) بالجر بدل من الاصابع ويجوز بالرفع على انه خبر مبتدا محذوف أي هي أصغرها
والنصب على تقديرا عني أصغرها والاعتبار به للاحتياط (ويجمع) الخرق (في خف) واحد
(لا) يجمع (فيهما) أي في خفين لان الرجلين عضوان حقيقة فعمل بها والخرق الذي يجمع أقله
ما تدخل فيه المسلة وما دونه لا يعتبر الحاقا له بموضع الخرز (بخلاف النجاسة) المتفرقة في خفيه
أو ثوبه أو بدنه أو مكانه أو في المجموع حيث تجمع (و) بخلاف (الانكشاف) أي انكشاف
العورة المتفرق كانكشاف شيء من فرج المرأة وشيء من بطنها وشيء من فخذها وشيء من ساقها
حيث يجمع فيمنع جواز الصلاة وذلك لان النجاسة والانكشاف يمنعان لعينهما فيستوي فيه
الاحوال بخلاف الخرق (وينقضه) أي المسح (ناقض الوضوء) لانه بعضه (ونزع خف) أيضا
لسريان الحدث الى الرجل بالنزع فاذا كان نزع خف ناقضا فنزع الخفين أولى (و) ينقضه أيضا
(مضي المدة) لسريان الحدث بمضيها فينزعهما ويغسلهما (ان لم يخف ذهاب رجليه من البرد)
للضرورة (وبعدهما) أي وبعد النزع والمضي (غسل رجليه فقط) يعني لا يعيد الوضوء خلافا
للشافعي (وخروج أكثر القدم) الى الساق وكذا اخراجه (نزع) فينقض المسح لان للاكثر
حكم الكل وهذا قول أبي يوسف اختاره الشيخ في المتن وعن أبي حنيفة ان زال عقب الرجل
أو أكثره بطل وعن محمد ان بقي من ظهر القدم قدر ثلاث أصابع لم يبطل وعليه اكثر المشايخ
وان كان صدر القدم في موضعه والعقب يدخل ويخرج لم يبطل (ولو مسح مقيم فسافر قبل
تمام (يوم وليلة مسح ثلاثا) أي ثلاثة أيام وقال الشافعي ان سافر بعد ما مسح يتم يوما وليلة لا غير
(ولو اقام مسافر بعد) مسح (يوم وليلة نزع) خفيه لانه صار مقيما فلا يمسح أكثر منهما (والا)
أي وان لم يقم الا قبل يوم وليلة (يتم يوما وليلة) لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم (وصح) المسح

(على الموق) وهو الجرموق الذى يلبس فوق الخف وقال الشافعى لا يجوز (و) صح أيضا على (الجورب المجلد) وهو الذى خيط عليه الجلد مغطى (و) على الجورب (المنعل) وهو الذى خيط على أسفله الجلد كصورة النعل (و) على الجورب (الثخين) وهو الذى يستمسك على الساق من غير ربط وان لا يرى ما تحته وهذا عندهما وقال أبو حنيفة لا يجوز ويروى رجوعه الى قولهما قبل موته بثلاثة أيام وقيل بسبعة وعليه الفتوى لما روى أنه عليه السلام توضأ ومسح على الجوربين والنعلين رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح (لا) يمسح (على عمامة) خلافا لاحمد اذا تعمم على طهر (و) لا على (قلنسوة و) لا على (برقع) بضم الباء والقاف وهو الذى تغطى به النساء وجوهها ويجمع على براقع (و) لا على (قفازين) بضم القاف وتشديد الفاء تثنية قفاز وهو شئ تلبسه النساء فى أيديهن حفظا لها ومنه الجلد الذى يلبسه الصيادون فى ايديهم ويمسكون الجوارح عليه ويسمونه كفة (والمسح على الجبيرة) وهى العيدان التى تجبر بها العظام المكسورة (و) المسح على (خرقة القرحة ونحو ذلك) كعصابة الفصد وعصابة الجراحة (كالغسل) لما تحتها وليس ببدل حتى يجمع مع الغسل (فلا يتوقت) بمدة لا فى حق المقيم ولا فى حق المسافر وانما ذكره بالفاء لانه نتيجة قوله كالغسل (ويجمع) المسح (مع الغسل) لانه ليس ببدل كما ذكرنا (ويجوز) المسح على الجبيرة ونحوها (وان شدها) أى الجبيرة (بلا وضوء) لان فى اعتباره حرجا بخلاف الخف (ويمسح على كل العصابة) وهى ما تعصب به الجراحة أى تشد (كان تحتها) أى تحت العصابة (جراحة أولا) يكون وذلك باعتبار التبعية (فان سقطت) الجبيرة (عن برء) أى لاجل برء (بطل المسح) لزوال العذر وان كان فى الصلاة استقبلها (والا) أى وان لم تسقط عن برء بل سقطت لا عن برء (لا) يبطل لبقاء العذر وان كان فى صلاته مضى عليها (ولا يفتقر) الماسح (الى النية فى مسح الخف و) فى مسح (الرأس) خلافا للشافعى

هذا (باب) فى بيان أحكام (الحيض)

هو فى اللغة السيلان يقال حاض السيل والوادى وحاضت الارنب والسمرة اذا سال منها الصمغ وفى الشرع (هو دم ينفضه) اى يسكبه ويدفعه (رحم امرأة) احترز به عن الرعاف والدماء الخارجة عن الجراحات وبقوله (سليمة عن داء) عن دم النفاس فان النفساء فى حكم المريضة حتى اعتبرت تبرعاتها من الثلث وعن دم خرج من جراحة أو دمل فى الرحم وبقوله (وصغر) عن دم تراه الصغيرة قبل أن تبلغ تسع سنين فانه ليس بمعتبر فى الشرع وهذا القيد مستدرك لان ما تراه الصغيرة استحاضة وليس بدم رحم فخرج بالقيد الاول (وأقله) أى أقل الحيض (ثلاثة أيام) ولياليها عند أبى حنيفة ومحمد ويومان وأكثر الثالث عند أبى يوسف ويوم وليلة عند الشافعى وأحمد وساعة عند مالك والحجة عليهم ما رواه الدارقطنى عن النبى عليه السلام أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام (وأكثره) أى أكثر الحيض (عشرة) أيام لما روينا وعند الشافعى خمسة عشر يوما وبه قال مالك وأحمد فى رواية وهى رواية عن أبى يوسف وأبى حنيفة أولا وعند أحمد فى الاظهر سبعة عشر يوما وعن مالك لا حد لقليله ولا لكثيره (وما) أى الذى (نقص) من الثلاثة (أو زاد) على العشرة (استحاضة) لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره (وما) أى الذى (سوى البياض الخالص) كالحمرة والصفرة والخضرة والكدرة

والتربية

قوله والنعلين كذا فى خط المصنف ولعله المنعلين بالميم فلينظر اه من هامش

والتربية (حيض) لقول عائشة رضي الله عنها لا حتى ترين القصة البيضاء وقال أبو يوسف الكدرة لا تكون حيضا الا بعد الحمرة أو الصفرة وقال الشافعي دم الحيض عبيط أسود فالحمرة والصفرة والكدرة لا تكون حيضا وأشار بقوله (يمنع) الى آخره الى حكم الحيض وهو خبر مبتدا محذوف أي الحيض يمنع (صلاة) أصلا أداء وقضاء (وصوما) أداء لا قضاء فلذلك قال (وتقضيه) أي وتقضي الحائض الصوم (دونها) أي دون الصلاة لان فيها حرجا بخلاف الصوم والنفاس كذلك لانه ملحق به (و) يمنع أيضا (دخول مسجد) وعند الشافعي يباح على وجه العبور (و) يمنع أيضا (الطواف) بالبيت لانه يكون في المسجد فان قلت اذا كان دخول المسجد حراما فالطواف أولى فما الحاجة الى ذكره قلت لئلا يتوهم انه لما جازلها الوقوف مع انه أقوى اركان الحج فلأن يجوز الطواف أولى (و) يمنع أيضا (قربان ما تحت الازار) وهو ما بين السرة والركبة وقال محمد يجوز له الاستمتاع منها بما دون الفرج لان الاذى فيه وبه قال أبو يوسف في رواية والاصح عنه أنه مع أبي حنيفة وبه قال الشافعي ومالك (و) يمنع أيضا (قراءة القرآن) والتوراة والانجيل والزبور والقنوت في رواية وعن مالك يجوز لها قراءة القرآن وعن الطحاوي يباح لها ما دون الاية (و) يمنع أيضا (مسه) أي مس القرآن أي المصحف وكذا كتب الفقه والتفسير والسنن والدرهم والدينار الذي فيه سورة واللوح الذي فيه سورة لقوله تعالى لا يمسه الا المطهرون (الا بغلاف) منفصل عنه كالخريطة وهو الصحيح وقيل الجلد الذي عليه ولا يكره مسه بالكم عند الجمهور ومس حواشيه عند البعض (ومنع الحدث) الاصغر (المس) أي مس القرآن (ومنعهما) أي المس والقراءة (الجنابة والنفاس) فكل ما حرم بالاصغر حرم بالاكبر من غير عكس (وتوطأ) المرأة التي انقطع دمها (بلا غسل) عليها (بتصرم) أي بانقطاع دمها (لا كثره) أي لا كثر الحيض (و) بتصرم (لاقله) أي لاقل الحيض (لا) توطأ (حتى تغتسل) هي (أو يمضي عليها أدنى وقت صلاة) كاملة وهو قدر ما تقدر على الاغتسال والتحريمة وقال زفر والثلاثة لا يجوز وطؤها مطلقا الا بالغسل لقراءة التشديد ونحن حملنا هذه على ما اذا انقطع لاقل من عشرة والتخفيف على العشرة عملا بهما (والطهر) المتخلل (بين الدمين في المدة) أي في مدة الحيض ومدة النفاس (حيض) في مدة الحيض (ونفاس) في مدة النفاس ففي المسئلة الاولى خلاف محمد فعنده ان كان الطهر غالبا على الدمين كان فاصلا بأن كان ثلاثة ايام فصاعدا وان كان مغلوبا أو مساويا لهما كان تبعا ولم يكن فاصلا ثم ان كان غالبا عليهما فان صلح الدم الاول للحيض كان حيضا والثاني استحاضة وان صلح الثاني منهما للحيض كان الاول استحاضة وان لم يصلحا فهما استحاضة ولا يتصور أن يصلحا للحيض لان الطهر حينئذ يصير أقل منهما * صورها على التفصيل والبيان رأت دما يومين وطهرا يومين ودما يومين فالستة حيض لغلبة الدمين ولو رأت يومين دما وثلاثة طهرا ويوما دما فالستة حيض لاستوائهما ولو رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويوما دما فصل الطهر والدمان المكتنفان استحاضة ولو رأت ثلاثة دما وخمسة طهرا ويوما دما فصل الطهر والاول حيض لصلاحيته والثاني استحاضة ولو رأت يوما دما وخمسة طهرا وثلاثة دما فصل الطهر والاول استحاضة والثاني حيض وعندهما كل ذلك حيض ومن أصل محمد أيضا انه لا يبتدأ الحيض بالطهر ولا يختم به سواء كان قبله

وبعده دم أم لا ولا ينقلب طهرها حيضا عنده باحاطة الدمين وعندهما يبتدأ الحيض بالطهر ويختم به بشرط أن يكون قبله وبعده دم ويجعل الطهر حيضا باحاطة الدمين به فان كان قبله دم ولم يكن بعده يجوز بدء الحيض بالطهر ولا يجوز ختمه به وان كان بعده دم ولم يكن قبله يجوز ختم الحيض بالطهر ولا يجوز بدؤه به * بيان هذا مبتدأة رأت يوما دما وأربعة عشر طهرا ويوما دما فالعشرة من أول ما رأت حيض عندهما وكذا ثلاثة عشر أو اثنا عشر أو عشرة أو رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما فالعشرة من الاول حيض عندهما قال فى المحيط وهو الاصح وفى المسئلة الثانية خلاف أبى حنيفة فعنده الطهر المتخلل بين الاربعين لا يفصل ولو كان خمسة عشر يوما وعندهما ان كان خمسة عشر يوما كان فاصلا وما بعده حيض ان صلح والا كان استحاضة وان كان أقل منها كان طهرا فاسدا وهو نفاس كله (وأقل الطهر) الفاصل بين الدمين (خمسة عشر يوما) كذا روى عن ابراهيم النخعى ولا يعرف ذلك الا سماعا لانه من المقادير وروى أبو طوالة عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه وجعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن النبى عليه السلام انه قال أقل الحيض ثلاثة وأكثره عشرة وأقل ما بين الحيضتين خمسة عشر يوما وفيه كلام ومثله عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن النبى عليه السلام وبه قال الثورى والشافعى وأصحابه أجمع قال أبو اسحق الشيرازى لا أعرف فيه خلافا وقال القاضى أبو الطيب أجمع الناس على ان أقل الطهر خمسة عشر يوما وفيه نظر لان أبا عمر ذكر فى التمهيد اضطراب قول مالك وأصحابه فعن ابن القاسم عنه عشرة أيام وعن ابن الماجشون خمسة وعنه ثمانية وبه قال سحنون وعن أحمد فى رواية الاثرم ثلاثة عشر يوما وعند اسحق عشرة أيام وعن عطاء ويحيى بن أكثم تسعة عشر يوما وبه قال أبو حازم وعن مالك الطهر ما وجد مطلقا (ولا حد لاكثره) أى لاكثر الطهر لانه قد يمتد الى سنة والى سنتين وقد لا ترى الحيض أصلا فلا يمكن تقديره فحينئذ تصلى وتصوم ما ترى الطهر وان استغرق عمرها (الا عند نصب العادة) لها (فى زمان الاستمرار) أى استمرار الدم بها فاذا استمر يحتاج الى نصب العادة فهل يقدر طهرها بشئ أم لا اختلفوا فيه فقال أبو عصمة سعد بن معاذ المروزى وأبو حازم عبد الحميد لا يقدر طهرها بشئ ولا تنقضى عدتها أبدا وقالت العامة يقدر طهرها للضرورة والبلوى ثم اختلفوا فقال محمد بن ابراهيم الميدانى يقدر بستة أشهر الا ساعة ونص فى شرح الوقاية أن هذا هو الاصح لان العادة نقصان طهر غير الحامل عن طهر الحامل وأقل مدة الحمل ستة أشهر فانتقص عن هذا بشئ وهو الساعة وعن ابن سماعة يقدر بشهرين وقال محمد بن مقاتل الرازى وأبو على الدقاق يقدر بسبعة وخمسين يوما وقال الزعفرانى يقدر بسبعة وعشرين يوما لان الشهر يشتمل على الحيض والطهر وأقل الحيض ثلاثة فيبقى الطهر سبعة وعشرين يوما قال فى المحيط مثال ذلك امرأة حاضت عشرة وطهرت عشرين يوما واستمر بها الدم فعادتها فى الحيض عشرة وفى الطهر عشرون يوما فان طهرت خمسين يوما ثم استمر بها الدم فعادتها فى الطهر خمسون فان طهرت ستين فعادتها فى الطهر ستون فان زادت فى الطهر على ستين بعد ما حاضت عشرة ثم استمر بها الدم تنتقل عادتها فى الطهر الى عشرين فى قول محمد وهو الاصح ولو طلقها زوجها تنقضى عدتها على قول محمد فى سبعة أشهر لجواز انه كان طلقها فى أول الطهر فتحتاج الى ثلاثة أطهار فى ستة أشهر

وثلاث حيض بشهر كل حيض عشرة أيام ويخرج على كل قول نحو ذلك ومثل فى البدائع بمبتدأة حاضت عشر أيام وطهرت سنة ثم استمر بها الدم فعند ابى عصمة تدع من أول الاستمرار عشرة وتصلى سنة هكذا دأبها إذ لا غاية لاكثر الطهر عنده فان طلقها زوجها تنقضى عدتها بثلاث سنين وثلاثين يوما وعند العامة تدع من أول الاستمرار عشرة وتصلى عشرين كما لو بلغت مستحاضة ومثل فى الغاية بمبتدأة رأت عشرة دما وستة أشهر طهرا ثم استمر بها الدم تنقضى عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لانا نحتاج الى ثلاث حيض كل حيض عشرة ايام والى ثلاثة أطهار كل طهر ستة أشهر الا ساعة ثم اعلم ان الاستمرار على نوعين متصل ومنفصل فالمتصل أن يستمر بها الدم فى جميع الاوقات فان كانت مبتدأة فحيضها عشرة أيام من أول مارأت وطهرها عشرون الى أن تموت أو تطهر وبه قال مالك وداود وقال زفر ترد الى أقل الحيض وهو أحد قولى الشافعى وفى قول آخر ترد الى ست أو سبع وقال أحمد ان زاد على يوم وليلة يجعل حيضها يوما وليلة ثم تغتسل عقيبها وتتوضأ لكل صلاة وتصوم ولا يأتيها زوجها فان انقطع دمها لاكثر الحيض فما دونه اغتسلت غسلا ثانيا وصنعت فى الشهر الثانى والثالث كذلك فان تساوى دمها فى الاشهر الثلاثة صار ذلك عادة لها فيجب عليها قضاء ماصامته وعنه تقعد ستة أيام أو سبعة وبه قال الضحاك وعنه ينظر الى قرابتها أو أختها أو عمتها أو خالتها وهو قول عطاء والثورى والاوزاعى وعنه تمكث أكثر الحيض وهو خمسة عشر يوما فصار فى الشهر الاول عنه أربع روايات فى المبتدأة وفى المفيد قال أبو يوسف تأخذ فى الصوم والصلاة وانقطاع الرجعة بأقل الحيض وفى القربان بالتزويج بغيره بأكثره احتياطا فاذا مضت ثلاثة أيام تغتسل وتصوم وتصلى بالوضوء لوقت كل صلاة فاذا مضت عشرة تغتسل وتقضى الصوم والمنفصل هو المنقطع فنقول مبتدأة رأت يوما دما ويوما طهرا أشهرا فعلى قول أبى يوسف حيضها عشرة من أول كل شهر كالمتصل وطهرها عشرون على ماقلنا فى أصله فى البدء والختم بالطهر اما على أصل محمد فحيضها تسعة وطهرها احد وعشرون لان اليوم العاشر كان طهرا وهو لا يرى ختم الحيض بالطهر قال الشارح فى قوله الا عند نصب العادة وذلك كالمبتدأة اذا استمر بها الدم على مايجىء بيانه وكصاحبة العادة اذا استمر بها الدم وقد نسيت عدد أيام حيضها أولها وآخرها ودورها فى كل شهر فانها تتحرى وتمضى على أكبر رأيها فان لم يكن لها رأى وهى المحيرة وتسمى المضللة لا يحكم لها بشىء من الطهر والحيض على التعيين بل تأخذ بالاحوط فى حق الاحكام وهل يقدر طهرها فى حق انقضاء العدة اختلفوا فيه ثم ذكر ماذكرنا من الاختلاف ثم قال هذا فى حق العدة وأما فى حق سائر الاحكام لم يقدر الطهر بشىء بل تجتنب ابدا ماتجتنبه الحائض من قراءة القرآن ومسه ودخول المسجد ونحو ذلك ولا يأتيها زوجها وتغتسل لكل صلاة فتصلى به الفرض والوتر وتقرأ فيهما قدر ماتجوز به الصلاة ولا تزيد وقيل الفاتحة وسورة لانهما واجبتان وتطوف طواف الزيارة لانه ركن ثم تعيده بعد عشرة أيام وللصدر لانه واجب وتصوم رمضان ثم تقضى خمسة وعشرين يوما لاحتمال انها حاضت فى رمضان خمسة عشر فى اوله عشرة وفى آخره خمسة أو بالعكس ولا يتصور حيضها فى شهر واحد أكثر من ذلك ثم يحتمل انها حاضت فى القضاء عشرة فسلم لها خمسة عشر بيقين * قلت أما المبتدأة الموعود ببيانها فغاية نهاية

كما ينبغي وأما المتحيرة المضالة فنقول الاصل في هذا انها متى تيقنت بالحيض في وقت تركتها ومتى شكت انه وقت حيض أو طهر تحرت عندنا وكذلك اذا نسيت ابتداء الدم تحرى عندنا وعند أحمد واسحق فان لم يستقر رأيها على شئ بل ترددت بين الحيض والطهر والدخول في الحيض فانها تصلي فيه بالوضوء لكل صلاة بالشك وان ترددت بين الحيض والطهر والخروج من الحيض فانها تصلي بالغسل لكل صلاة بالشك والقياس ان تغتسل لكل ساعة لكن سقط ذلك للحرج الفادح ولا يطؤها زوجها بالتحرى لانه لا يجوز في باب الفروج وقال بعض مشايخنا يطؤها بالتحرى لانه حقه في حالة الطهر وزمانه غالب فيجوز التحرى قيل هذا لا يصح وتصوم رمضان ثم تعيد عشرين يوما هذا على ثلاثة أوجه ان علمت ان ابتداء حيضها يكون بالليل تقضي عشرين يوما وان علمت أن ابتداء حيضها يكون بالنهار تقضي اثنين وعشرين يوما لان أكثر ما فسد من صومها أحد عشر يوما فتقضي ضعف ذلك احتياطا الوجه الثالث أن لا تعلم شيأ قال عامة المشايخ تقضي عشرين يوما وقال الهندواني تقضي اثنين وعشرين يوما وهو الاصح وفي المبسوط اذا كانت لها أيام معلومة في كل شهر فانقطع عنها الدم أشهرا ثم عاودها واستمر بها وقد نسيت أيامها فانها تمسك عن الصلاة ثلاثة أيام من أول الاستمرار ثم تغتسل لكل صلاة في سبعة أيام ثم تتوضأ عشرين يوما لوقت كل صلاة لتيقنها فيها بالطهر ويأتيها زوجها وهذا دأبها واذا كانت المذكورة أمة استبرئت فمدة المبتدأة استبراؤها لا تقدر بشئ عند أبي عصمة وعند الميداني تقدر بستة أشهر وعشرين يوما غير ساعتين لجواز أن الشراء كان بعد ما مضى من حيضها ساعة فلا تحتسب وهو عشرة أيام الا ساعة ثم بعده طهر ستة أشهر الا ساعة ثم بعده الحيض عشرة أيام فتكون الجملة ستة أشهر وعشرين يوما غير ساعتين هذا على قول من يجوز وطأها بالتحرى وعلى قول من منع منه وهو الاصح فلا حاجة الى هذا التكلف ومذهب الشافعي في هذا التمييز باللون في المميزة وهي التي ترى الدم على نوعين أو أنواع أحدها أقوى فترد الى التمييز فتكون حائضا في أيام القوى مستحاضة في أيام الضعيف فالاسود أقوى من الاحمر والاحمر أقوى من الاشقر والاشقر أقوى من الاصفر والاصفر أقوى من الاكدر اذا جعلناها حيضا والتمييز بثلاث شروط أحدها أن لا يزيد القوى على خمسة عشر يوما والثاني أن لا ينقص عن يوم وليلة والثالث أن لا ينقص الضعيف عن خمسة عشر يوما ليمكن جعله طهرا بين الحيضتين وبه قال مالك وأحمد (ودم الاستحاضة) وهو الذي ينقص عن ثلاثة أيام أو يزيد على عشرة أو على أكثر النفاس (كرعاف) يعني حكمه حكم رعاف (دائم) غير منقطع في وقت صلاة كامل (لا يمنع صوما وصلاة ووطأ) لقوله عليه السلام توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير فيثبت به حكم الصلاة عبارة وحكم الوطء والصوم دلالة (ولو زاد الدم على أكثر الحيض و) أكثر (النفاس فما زاد) من ذلك (على عادتها استحاضة) هذا في حق ذات العادة مثلا اذا كانت عادتها كل شهر سبعة أيام فرأت اثنى عشر يوما فالزائد على السبعة استحاضة وكذلك اذا كانت أربعة أو خمسة أو ستة وتجاوزت العشرة بيوم وما فوقه فما لم يتجاوز عن العشرة فالكل حيض وكذلك في النفاس اذا كانت عادتها خمسة وثلاثين يوما مثلا فرأت خمسة وأربعين يوما فالعشرة استحاضة (ولو كانت المرأة مبتدأة) أي ليست بذات عادة (فحيضها عشرة) أيام (ونفاسها أربعون)

يوما

قوله المبتدأة الخ هكذا في النسخ التي بأيدينا والصواب المضالة كما وجد بهامش نسخة اه مصححه

يوما والزائد على العشرة فى الحيض وعلى الاربعين فى النفاس استحاضة وعن الشافعى حيضها يوم وليلة وعنه يعتبر بنساء عشيرتها (وتتوضأ المستحاضة ومن به سلس البول) وهو الذى لا ينقطع تقاطر بوله لضعف مثانته أو لغلبة البرودة (أو) به (استطلاق) أى جريان (بطن أو) به (انفلات ريح) وهو الذى لا يملك جمع مقعده لاسترخاء فيها (أو) به (رعاف دائم أو) به (جرح لا يرقأ) أى لا يسكن ولا ينقطع (لوقت كل فرض) فيصلون بذلك الوضوء فى وقت واحد ما شاؤا من الفرائض والنوافل وقال الشافعى يتوضؤن لكل صلاة فرض ويصلون النفل تبعا لها وقال ويستحب لهم وضوء لكل صلاة (ويصلون) أى هؤلاء المذكورون (به) أى بذلك الوضوء (فرضا) أى فرض كان (ونفلا) أى نفل كان (ويبطل) وضوءهم (بخروجه) أى بخروج الوقت (فقط) يعنى لا بدخوله وعند زفر يبطل بالدخول وعند أبى يوسف بهما جميعا وفائدته فيما اذا توضأ قبل الزوال يصلى به الظهر خلافا لابى يوسف وزفر وفيما اذا توضأ وقت الفجر يبطل بطلوع الشمس خلافا لزفر وفيما اذا توضأ للظهر فى وقته ثم توضأ فى وقت الظهر للعصر ودخل وقت العصر لا يصلى العصر به للدخول والخروج ثم أشار الى حد المعذور الذى يجب عليه الوضوء لوقت كل فرض بقوله (وهذا) أى المعذور الذى ذكرنا (اذا لم يمض عليه وقت فرض) من الصلوات (الا وذلك الحدث) الذى ابتلى به (يوجد فيه) أى فى ذلك الوقت حتى لو انقطع الدم وقتا كاملا خرج من ان يكون صاحب عذر من وقت الانقطاع (والنفاس) من نفست المرأة بالضم أى صارت نفساء وهو من النفس وهو الدم أو من تنفس الرحم أو خروج النفس وهو الولد وفيه نظر وفى الشرع هو (دم يعقب الولد) أى الذى يخرج عقيب الولد (ودم الحامل استحاضة) ولو فى حال ولادتها وقال الشافعى حيض اعتبارا بالنفاس قلنا بالحبل ينسد فم الرحم فالخارج يكون من الفرج (والسقط) بكسر السين بمعنى المسقوط (ان ظهر بعض خلقه) كالشعر والظفر واليد والرجل والاصبع (ولد) فتصير أمه نفساء وأم ولد ان كانت أمة وتنقضى العدة به وان لم يظهر من خلقه شئ فلا نفاس ولكن ان أمكن جعل المرئى من الدم حيضا بأن تقدم طهر تام جعل حيضا والا فهو استحاضة ولو خرج بعض الولد فان كان أكثره تكون نفساء والا فلا ولو تقطع فيها وخرج أكثره فهى نفساء خلافا لمحمد وزفر وفى المفيد النفاس يثبت بخروج أقل الولد عند أبى يوسف وعندهما بخروج أكثره ولو ولدت من سرتها لا تصير نفساء الا اذا سال الدم من فرجها لكن تنقضى به العدة وتصير أم ولد به ويحنث فى اليمين (ولا حد لاقله) أى لاقل النفاس لان تقدم الولد دليل على انه من الرحم فلا حاجة الى امارة زائدة عليه بخلاف الحيض ولو ولدت ولم تر دما يجب عليها الغسل عند أبى حنيفة وزفر خلافا لهما قال فى المفيد هو الصحيح ويجب عليها الوضوء وعن أبى حنيفة أقله خمسة وعشرون يوما وليس مراده اذا انقطع دونه لا يكون نفاسا بل مراده اذا وقعت حاجة الى نصب العادة فى النفاس لا ينقص عن ذلك وكذا فى حق الاخبار بانقضاء العدة مقدرة بخمسة وعشرين يوما وأبو يوسف قدره بأحد عشر يوما وعند محمد بساعة وتوضيح هذا فيمن قال لامرأته اذا ولدت فأنت طالق فقالت انقضت عدتى فيعتبر عند أبى حنيفة لاقل النفاس مع ثلاث حيض خمسة وعشرون وعند أبى يوسف أحد عشر يوما وعند محمد ساعة (وأكثره) اى أكثر النفاس (أربعون يوما) وقال

قوله مقعده كذا بخط المؤلف اه من هامش نسخة صحيحة وفى نسخ مقعدته اه

الشافعي ستون يوما وقال مالك سبعون يوما ولنا حديث أم سلمة أنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم كم تجلس المرأة اذا ولدت قال أربعون يوما الا أن ترى الطهر قبل ذلك رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وهو حجة عليهما وقال الطحاوى لم يقل بالستين أحد من الصحابة (والزائد) على الاربعين (استحاضة) لما مر (ونفاس التوأمين) يعنى الولدين اذا ولدتهما فى بطن واحد (من) الولد (الاول) عندهما وعند محمد وزفر من الثانى والشرط أن يكون بينهما أقل من ستة أشهر فان كان بينهما ستة أشهر أو أكثر فهما حملان ونفاسان وان ولدت ثلاثة وبين الاول والثانى أقل منها وكذلك بين الثانى والثالث ولكن بين الاول والثالث أكثر منها فالصحيح انه يجعل حمل واحد

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الانجاس)

وهو جمع نجس بفتح الجيم وهو أعم من الخبث الذى يطلق على الحقيقى والحدث الذى يطلق على الحكمى (يطهر البدن والثوب) ان تنجسا (بالماء) لقوله عز وجل وأنزلنا من السماء ماء طهورا (و) يطهران أيضا (بمائع) طاهر (مزيل) للنجاسة (كالخل وماء الورد) وماء اللسان والبقل ونحوهما مما اذا عصر انعصر وقال محمد وزفر والثلاثة لا يجوز بغير الماء ولما قيد المائع بالمزيل احترز به عن غير المزيل بقوله (لا الدهن) لانه وان كان مائعا لكنه غير مزيل لتلوثه وكذلك الدبس والعسل ونحوهما (والخف) بالرفع عطف على قوله البدن أى يطهر الخف المتنجس والنعل المتنجس والباء فى قوله (بالدلك) يتعلق بقوله يطهر والباء فى قوله (بنجس) فى محل النصب على انها حال من الخف أى حال كونه متنجسا بنجس (ذى جرم) أى جثة كالروث والعذرة والدم والمنى سواء كان رطبا أو يابسا وهذا قول أبى يوسف وهو اختيار المشايخ فلهذا قال صاحب الهداية بعد ذكر قول أبى يوسف وعليه مشايخنا فلذلك اختاره المصنف فى المتن وذكره على الاطلاق وعند أبى حنيفة يطهر اليابس بالدلك دون الرطب وعند محمد لا بد من الغسل مطلقا وبه قال زفر والثلاثة (والا) أى وان لم يكن النجس ذا جرم كالبول (يغسل) لان الدلك حينئذ يزيده انتشارا وتلوثا (و) يطهر البدن والثوب والخف ونحوها المتلوثات (بمنى يابس بالفرك والا) أى وان لم يكن يابسا (يغسل) لقوله عليه السلام فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وعند الثلاثة يغسل الكل وعن أحمد كقولنا (و) يطهر (نحو السيف) والمرآة والسكين ان كانت صقولة (بالمسح) سواء كان رطبا أو يابسا أو مائعا أو كثيفا لان النجس لا يدخل أجزاءه وذكر فى الاصل لا يطهر الا بالغسل كما اذا كانت صدئة أو منقوشة (و) تطهر (الارض) التى أصابتها النجاسة (باليبس) أى بيبس النجاسة عليها (وذهاب الاثر) بالجر عطفا على اليبس وهو اللون والطعم والريح (للصلاة) أى لاجلها (لا) تطهر (للتيمم) أى لا جله لاشتراط النص الصعيد الطيب وأما فى حق الصلاة فللاثر وقال الشافعى وزفر لا تطهر أصلا (وعفى قدر الدرهم) المثقالى وعن السرخسى بدرهم زمانه وقيل بالمساحة أشار اليه بقوله (كعرض الكف) والصحيح ان هذا فى المائعة والاول فى المتجسدة ثم بين ذلك عن البيانية بقوله (من نجس مغلظ) ومثل له بقوله (كالدم والخمر وخرء الدجاج وبول ما لا يؤكل) لحمه من الحيوانات

(والروث)

قوله حمل واحد هكذا فى خط المؤلف والصواب حملا واحدا اه من هامش نسخة صحيحة وفى نسخة كحمل واحد. وفى أخرى حملا واحدا اه

(والروث) وهو ما يكون لذى حافر (والخثى) بكسر الخاء المعجمة وسكون الثاء المثلثة وهو ما يكون لذى ظلف ويجمع على أخثاء وخثى وقال زفر والثلاثة قليل العجاسة وكثيرها سواء فى المنع وعند الزهرى خرء الدجاج طاهر وعند مالك الروث والخثى طاهران وعند أبى حنيفة الروث نجس مغلظ وعندهما مخفف وعند زفر ان كان من المأكولة فهو مخفف وان كان من غير المأكولة فهو مغلظ (و) عفى (مادون ربع الثوب) أى ثوب كان وقيل ربع الموضع الذى أصابه مثل ربع الكم أو الذيل أو الدخريص وقيل ربع السراويل احتياطا لانه أقصر الثياب (من) نجس (مخفف كبول ما يؤكل) لحمه من الحيوان وعند محمد هو طاهر (و) كبول (الفرس) عندهما وعند محمد طاهر وأفرده بالذكر للاختلاف فيه (وخرء طير لا يؤكل) لحمه كالصقر والبازى ونحوهما عند أبى حنيفة وعندهما هو مغلظ فى رواية الهندوانى وفى رواية الكرخى هو طاهر عندهما ونجس مغلظ عند محمد (و) عفى (دم السمك) لانه ليس بدم حقيقة فلا يكون نجسا وفى ظاهر الرواية هو طاهر لان الدموى لا يسكن الماء فعلى هذا قوله وعفى دم السمك لا وجه له لان ذلك يقتضى التنجيس (و) عفى أيضا (لعاب البغل والحمار) وهذا أيضا مشكل لان لعابهما طاهر عندهما وعند أبى يوسف نجس مخفف (و) عفى أيضا (بول انتضح) أى ترشش (كرؤس الابر) لعدم الاحتراز عنه خصوصا فى مهب الريح وذكر الرؤس يشعر بأنه قيد وليس كذلك بل الجانب الآخر منها كالرأس للضرورة وعن أبى يوسف وجوب غسله مطلقا (والنجس المرئى يطهر) أى محله لان عينه لا تطهر فلذلك قال (بزوال عينه) وأثره ولو بمرة وعن محمد أنه يطهر بمرة اذا عصره وقيل لا يطهر ما لم يغسله ثلاثا بعد زوال العين (الا ما يشق) ازالة أثره لان فيه حرجا وتفسير المشقة أن يحتاج لازالته الى شئ آخر سوى الماء كالصابون ونحوه (وغيره) أى غير المرئى من النجاسة يطهر (بالغسل ثلاثا) أى ثلاث مرات (والعصر) بالجر عطفا على الغسل (فى كل مرة) والمعتبر فيه غلبة الظن وانما قدره بالثلاث لان غلبة الظن تحصل عنده غالبا (و) يطهر (بتثليث الجفاف) فى الغسل ثلاث مرات (فيما لا ينعصر) كالخزف والآجر والخشب والجلد المدبوغ بالنجس لان للتجفيف أثرا فى استخراج النجاسة وتفسير التجفيف أن يخليه حتى ينقطع التقاطر ولا يشترط اليبس فيه وقال محمد اذا تنجس ما لا ينعصر لا يطهر أبدا (وسن الاستنجاء) وهو مسح موضع النجو أو غسله وهو ما يخرج من البطن وعند الشافعى هو فرض لا تجوز الصلاة بدونه ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر ومن فعل هذا فقد أحسن ومن لا فلا حرج أخرجه ابن حبان فى صحيحه ثم أشار الى ما يستنجى به بقوله (بنحو حجر) ومدر وطين يابس وتراب وقطن وخرقة ونحوها وقوله (منق) خرج مخرج الشرط لكونه سنة لان الانقاء هو المقصود فلا يكون دونه سنة (وما سن فيه) أى فى الاستنجاء (عدد) وقال الشافعى لا بد من التثليث ولنا ما روينا والايتار يحصل بالواحد (وغسله) أى غسل موضع الاستنجاء بالماء (أحب) وأفضل لانه يقلع النجاسة والحجر ونحوه يخففه هذا ان أمكنه بلا كشف عورة والا يتركه حتى لا يصير فاسقا (ويجب) الاستنجاء (ان جاوز النجس المخرج) لعدم افادة المسح حينئذ (ويعتبر القدر المانع)

من النجاسة فيما (وراء موضع الاستنجاء) حتى اذا كان المجاوز عن المخرج قدر الدرهم مع الذى فى المخرج لايمنع الصلاة ولايجب غسله لان ماعلى المخرج ساقط العبرة ولهذا لايضم الى مافى جسده من النجاسة فبقيت العبرة للمجاوز فقط فان كان أكثر من قدر الدرهم منع والافلا عندهما وعند محمد يعتبر موضع الاستنجاء حتى اذا كان المجموع أكثر من قدر الدرهم منع عنده ووجب غسله واذا كانت مقعدته كبيرة وكانت فيها نجاسة أكثر من قدر الدرهم ولم تجاوز من المخرج قال الفقيه أبو بكر يتعين الغسل وعن ابن شجاع يجزيه الحجر (لا) يستنجى (بعظم) لانه زاد الجن (ولا روث) لان النجس لايزيل النجس (و) لا (طعام) لانه اسراف (و) لا (يمين) للنهى عنه ولا بخزف وورق الشجر والشعر والفضة والذهب والحجر المغصوب والفحم والزجاج ولو استنجى بها اجزا لان الكراهة لمعنى فى غيرها كما اذا توضأ بماء مغصوب

قوله وراء الجمع كذا بخط المصنف وفى بعض النسخ وواو الجمع اه من هامش

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الصلاة) *

ولما فرغ من بيان الشرط الاعظم شرع فى بيان المشروط وشرط الشئ يسبقه وهى الدعاء فى اللغة العالية قال * صلى على دنها وارتسم * وقال تعالى وصل عليهم أى ادع لهم وانما عدى بعلى باعتبار لفظ الصلاة وقيل من تحريك الصلوين وهما العظمان اللذان عليهما الركبتان لان المصلى يحرك صلويه فى الركوع والسجود وشرعا عبارة عن الافعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة على معنى اللغة فعلى هذا تكون من الاسماء المغيرة والظاهر انها من المنقولة لوجودها بدونه فى الامى فان قلت ما الحكمة فى كونها خمسا قلت لان قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى يقتضى عددا له وسطى وراء الجمع للعطف المقتضى للمغايرة وأقله خمس ضرورة ثم ابتدأ أولا ببيان الوقت لانها كتاب موقوت فلابد من بيانه وانما قدم الفجر وان كان الاولى تقديم الظهر لانها أول صلاة أم فيها جبريل عليه السلام لان وقت الفجر وقت ما اختلف فى أوله وآخره ولانه أول صلاة تجب بعد النوم الذى هو أخ الموت فكان ابتداؤه بأول وقت يخاطب به المرء أولى فقال يدخل (وقت) صلاة (الفجر من) ابتداء (الصبح الصادق) وهو البياض المنتشر فى الافق ولاعبرة بالصبح الكاذب وهو البياض الذى يبدو طولا كذنب السرحان ثم تعقبه ظلمة فلا يخرج به وقت العشاء ولايدخل به وقت الفجر (الى) ابتداء (طلوع الشمس) وهذا بالاجماع (والظهر) بالجر عطفا على الفجر أى يدخل وقت الظهر (من الزوال) أى من زوال الشمس عن كبد السماء (الى بلوغ الظل) أى ظل كل شئ (مثليه) وانتصابه بالمصدر المضاف الى فاعله (سوى الفئ) أى فئ الزوال هذا عند أبى حنيفة وقالا وهو رواية عنه آخره اذا صار الظل مثله وبه قال زفر والشافعى وأحمد والثورى واختاره الطحاوى وعن مالك مثله وعنه المثل آخر وقت الظهر المختار اما وقت الجواز فالى الغروب قدر خمس ركعات وطريق معرفة فئ الزوال ان تغرز خشبة فى مكان مستو وتجعل لمبلغ الظل علامة فمادام الظل ينقص فهو قبل الزوال وان زاد فهو بعد الزوال وان لم يزد ولم ينقص فهو وقت الزوال وهو الظل الاصلى وتخط على رأس موضع الزيادة خطا فيكون من رأس الخط الى الخشبة فى الزوال فاذا

صار

صار ظل العود مثل العود من رأس الخط لا من موضع غرز العود خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وعرف من ذلك الفرق بين الظل والفيء وقد قيل الفيء هو الظل الذي يكون للاشياء وقت الظهيرة وفيه نظر لان الظل لا يسمى فيأ الا بعد الزوال (والعصر) بالجر أيضا عطفا على الظهر أى يدخل وقت العصر (منه) أى من بلوغ الظل مثليه (الى الغروب) أى غروب الشمس وقال الحسن بن زياد اذا اصفرت الشمس خرج وقت العصر لقوله عليه السلام وقت صلاة العصر ما لم تصفر الشمس رواه مسلم ولنا قوله عليه السلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك الصلاة رواه البخاري ومسلم وما رواه منسوخ بهذا أو محمول على وقت الاختيار (والمغرب) بالجر أيضا عطفا على العصر أى يدخل وقت المغرب (منه) أى من غروب الشمس (الى غروب الشفق) لقوله عليه السلام وقت صلاة المغرب ما لم يسقط نور الشفق رواه مسلم وغيره وهو حجة على الشافعي في تقديره في الجديد بمضي قدر وضوء وستر عورة وأذان واقامة وخمس ركعات فان قلت صلاها جبريل عليه السلام في اليومين في وقت واحد قلت القول يقدم على الفعل أو يكون معناه بدأ بها في اليوم الثاني حين غربت الشمس ولم يذكر وقت الفراغ فيحتمل أن يكون الفراغ عند مغيب الشفق ويكون قول جبريل عليه السلام ما بين هذين الوقتين وقت لك ولامتك اشارة الى ابتداء الفعل في اليوم الاول والى انتهائه في اليوم الثاني ويجوز أن يكون حديث جبريل عليه السلام منسوخا بما روينا لانه متأخر وحديث جبريل عليه السلام متقدم (وهو) أى الشفق (البياض) الذي بعد الحمرة عند أبي حنيفة وزفر وهو قول أبي بكر الصديق وأنس ومعاذ وعائشة ورواية عن ابن عباس رضي الله عنهم وبه قال عمر بن عبد العزيز والمزني وداود واختاره المبرد وثعلب وقالا هو الحمرة وبه قالت الثلاثة وهو قول عبد الله بن عمر وشداد بن أوس وعبادة بن الصامت رضي الله عنه وهي رواية عن أبي حنيفة وعليها الفتوى (والعشاء) بالجر أيضا عطفا على المغرب أى يدخل وقت العشاء (و) وقت (الوتر منه) أى من غروب الشفق على الاختلاف (الى الصبح) الصادق بلا خلاف وكون وقت العشاء والوتر واحدا هو قول أبي حنيفة وعندهما يدخل وقت الوتر بعد ما صلى العشاء بناء على ان الوتر فرض عنده وسنة عندهما (ولا يقدم) الوتر (على العشاء للترتيب) أى لاجل وجوب الترتيب حتى لو نسي العشاء وصلى الوتر جاز لسقوط الترتيب به وهذا عند أبي حنيفة لانه فرض عنده وعندهما لا يجوز لان الوتر سنة العشاء فيكون تبعا لها فلا يدخل وقته حتى يصلي العشاء كسنة العشاء لا يعتد به قبل أداء العشاء لعدم دخول وقتها الا للترتيب وثمرة الخلاف تظهر في موضعين أحدهما لو صلى الوتر قبل العشاء ناسيا أو صلاهما وظهر فساد العشاء دون الوتر فانه يصح الوتر ويعيد العشاء وحدها عنده لان الترتيب يسقط بمثل هذا العذر وعندهما يعيد الوتر أيضا لانه تبع لها فلا يصح قبلها والثاني ان الترتيب واجب بينه وبين غيره من الفرائض حتى لا يجوز صلاة الفجر ما لم يصل الوتر عنده وعندهما يجوز لانه لا ترتيب بين الفرائض والسنن (ومن لم يجد وقتهما) أى وقت العشاء والوتر (لم يجبا) عليه فحذف العائد وهو لا يجوز في مثل هذا الموضع على ما لا يخفى وذلك لعدم سبب الوجوب وذلك بأن كان في بلد يطلع فيه الفجر كما تغرب

قوله كذا وقع بخطه والاولى كما أى سنة العشاء اهـ من هامش

الشمس أو قبل أن تغيب الشمس ويذكران بعض أهل بلغار لايجدون فى كل سنة وقت العشاء أربعين ليلة فان الشمس كما تغرب من ناحية المغرب يظهر الفجر من المشرق (وندب) أى استحب (تأخير) صلاة (الفجر) الى الاسفار ولا يؤخرها بحيث يقع الشك فى طلوع الشمس لقوله عليه السلام أسفروا بالفجر فانه أعظم للاجر رواه الترمذى وصححه وقال الشافعى التعجيل فى كل الصلوات أفضل (وظهر الصيف) بالجر عطفا على الفجر أى ندب أيضا تأخير صلاة ظهر الصيف لحديث أنس رضى الله عنه أنه عليه السلام اذا كان الحر أبرد بالصلاة واذا كان البرد عجل رواه النسائى وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعى للابراد شروط أربعة أن يكون فى حر شديد وأن يكون فى بلد حارة وأن يصلى فى جماعة وأن يقصدها الناس من البعيد والا فالتعجيل أفضل (والعصر) بالجر عطفا على الظهر أى ندب تأخير صلاة العصر (مالم تتغير) الشمس أى قرصها بحيث لا تحار فيه العين فتى حارت فقد تغيرت وقيل أن يتغير الشعاع على الحيطان وقيل اذا بقى مقدار رمح لم تتغير والاول أصح وقال الشافعى تعجيلها أفضل لقول أنس رضى الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى العصر والشمس مرتفعة حية فيذهب الذاهب الى العوالى فيأتيهم والشمس مرتفعة رواه أحمد وأبو داود ولنا ماروى أنه عليه السلام كان يؤخر العصر مادامت الشمس بيضاء نقية رواه أبو داود ولا حجة له فى حديث أنس فان الطحاوى قال أدنى العوالى ميلان أو ثلاثة فيمكن أن يصلى العصر فى وسط الوقت ويأتى العوالى والشمس مرتفعة (والعشاء) بالجر أيضا عطفا على العصر أى ندب تأخير صلاة العشاء (الى الثلث) أى الى ثلث الليل وعبارة القدورى الى ماقبل ثلث الليل وهذه تشير الى أن التأخير الى الثلث غير مستحب والى النصف مباح والى آخره بلا عذر مكروه وقال الشافعى تعجيلها أفضل ولنا ماروى عن أبى برزة رضى الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستحب تأخير العشاء رواه البخارى ومسلم (والوتر) بالجر أيضا أى يستحب تأخير الوتر (الى آخر الليل لمن يثق بالانتباه) لقوله عليه السلام اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا رواه البخارى ومسلم وان لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم لقوله عليه السلام أيكم خاف أن لا يقوم آخر الليل فليوتر ثم ليرقد رواه مسلم وغيره (وتعجيل) بالرفع عطف على قوله تأخير الفجر أى ندب تعجيل (ظهر الشتاء) لحديث أنس المتقدم (و) تعجيل صلاة (المغرب) فى الصيف والشتاء والسفر والحضر لقوله عليه السلام لن تزال أمتى بخير مالم يؤخروا المغرب الى اشتباك النجوم رواه أحمد وأبو داود ولما كان التأخير سببا لزوال الخير كان التعجيل سببا لاستجلابه (و) تعجيل (مافيها) يعنى الصلاة التى فيها (عين) التى هى حرف من حروف الهجاء مثل العصر والعشاء (يوم غين) بالاعجام أى غيم وسحاب لئلا يقع العصر فى تغير الشمس والعشاء بتقليل الجماعة لمجىء المطر ونحوه (ويؤخر غيره) أى غير مافيه عين مثل الفجر والظهر والمغرب (فيه) أى فى يوم الغين لانه لو عجل الفجر أدى الى تقليل الجماعة بسبب الظلمة ولو عجل الظهر ربما يقع قبل الزوال ولو عجل المغرب ربما يقع قبل الغروب قلت هذا فى ديارهم لان فيها الشتاء أكثر ورعاية الاوقات قليلة وأما فى الديار المصرية فعكس هذا فينبغى أن يراعى الحكم الاول (ومنع) المكلف منع تحريم (عن الصلاة) أداء وقضاء أى صلاة كانت (وسجدة التلاوة) المتلوة فى الاوقات الصحيحة (وصلاة الجنازة) التى حضرت فى الوقت الصحيح

قوله الشمس كذا بخط المؤلف والذى فى الزيلعى الشفق وهو المناسب اهـ من هامش

(عند الطلوع) أى طلوع الشمس (والاستواء) أى وعند استوائها فى كبد السماء (وعند الغروب) لما رواه عقبة بن عامر رضى الله عنه ثلاث أوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلى فيها وأن نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب رواه مسلم وغيره والمراد من قوله أن نقبر صلاة الجنازة اذ الدفن غير مكروه وهو حجة على الشافعى فى تجويزه الفرائض مطلقا والنوافل بمكة وعلى أبى يوسف فى تجويزه النفل وقت الزوال يوم الجمعة (الا عصر يومه) استثناء من منع فانها تصح وقت الغروب لانه أداها كما وجبت حتى لا يجوز عصر أمسه لان الكامل لا يتأدى بالناقص (و) منع أيضا (عن التنفل بعد صلاة الفجر و) بعد صلاة (العصر) لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس ولا صلاة بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس رواه البخارى ومسلم وهو حجة على الشافعى فى عدم منع النفل الذى له سبب كتحية المسجد وركعتى الطواف ونحوهما (لا) يمنع فى هذين الوقتين (عن قضاء فائتة وسجدة تلاوة وصلاة جنازة) لان النهى لمعنى فى غيره وهو جعل الوقت كالمشغول فيه بفرض الوقت حكما وهو أفضل من النفل الحقيقى فلا يظهر فى حق فرض آخر مثله (وبعد طلوع الفجر) عطف على قوله بعد صلاة الفجر أى منع عن التنفل بعد طلوع الفجر (بأكثر من سنة الفجر) لقوله عليه السلام اذا طلع الفجر لا صلاة الا ركعتين رواه الطبرانى (و) منع أيضا عن التنفل (قبل المغرب) بعد غروب الشمس لما فيه من تأخير المغرب وقال الشافعى يصلى ركعتين قبل المغرب وهى سنة عنده (و) منع أيضا (وقت الخطبة) أى خطبة كانت لان فيه الاشتغال عن سماع الخطبة وقال الشافعى يصلى الداخل تحية المسجد (و) منع أيضا (عن الجمع بين صلاتين) مثل الظهر والعصر والمغرب والعشاء (فى وقت) واحد (بعذر) كسفر أو مطر أو وحل أو مرض وقال الشافعى له الجمع بعذر سفر ومطر ومرض وقال مالك يجوز لوحل أيضا وعن أحمد مثلهما واحترز بقوله فى وقت عن الجمع بينهما فعلا بأن فعل كل واحد منهما فى وقتها بأن يصلى الاولى فى آخر وقتها والثانية فى أول وقتها فانه جمع فى حق الفعل وان لم يكن جمعا فى الوقت وبقوله بعذر عن الجمع فى عرفة ومزدلفة فان ذلك يجوز وان لم يكن فيه عذر وحجتنا فى هذا ما رواه ابن مسعود رضى الله عنه والذى لا اله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا لوقتها الا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع رواه البخارى ومسلم وتأويل ما روى من الجمع أنه صلى الظهر فى آخر وقته والعصر فى أول وقته وكذا فعل بالمغرب والعشاء فيصير جمعا فعلا لا وقتا وما روى بصريح خروج وقت يحمل على القرب منه كما فى قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن أى فاذا قاربن بلوغ الاجل اذ لا يقدر على الامساك بعد بلوغ الاجل

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاذان)

وهو مصدر أذن أى أعلم وكذلك يأذن واما أذن بالتشديد فمصدره التأذين وقيل هو اسم للمصدر كالسلام والكلام بلا مد فى أوله لان الذى فى أوله مد جمع أذن وشرعا هو اعلام مخصوص فى أوقات مخصوصة (سن) أى الاذان عند الجمهور وقيل يجب وقيل فرض كفاية وعن أحمد

فرض عين وقال عطاء ومجاهد لا تصح الصلاة بدونه والاصح انه سنة مؤكدة (للفرائض) دون السنن والنوافل والتراويح وصلاة العيدين والاستسقاء والخسوف والكسوف والجنازة وأمّا الجمعة فانها داخلة فى الظهر والوتر فى العشاء والباء فى (بلا ترجيع) يتعلق بسن اراد ان الترجيع ليس بسنة خلافا للشافعى وهو أن يخفض بالشهادتين صوته ثم يرجع فيمد بهما صوته (و) لا (لحن) وهو التطريب وقيل هو الخطأ فى الاعراب (ويزيد) المؤذن (بعد فلاح اذان الفجر) الصادق (الصلاة خير من النوم مرّتين) لانّ بلالا رضى الله عنه فعله فاستحسنه النبى عليه السلام وأمر به (والاقامة مثله) أى مثل الاذان فى عدد الكلمات وفى السنية وتربيع التكبير فى مشرعه وكراهة اللحن فيه (ويزيد بعد فلاحها) أى بعد فلاح الاقامة (قد قامت الصلاة مرّتين) وهو مذهب على وابن مسعود وجماعة من الصحابة والتابعين وقال الشافعى هى فرادى وبه قال مالك وأحمد لما روى أنّ بلالا أمر أن يشفع الاذان ويوتر الاقامة وانما ما اشتهر عنه انه كان يثنى الاقامة الى أن توفى والملك النازل أقام كذلك وروى البيهقى عن النخعى باسناده انّ أوّل من نقص الاقامة معاوية بن أبى سفيان ولا حجة لهم فيه لانه لم يذكر الآمر فيحتمل أن يكون غير النبى صلى الله عليه وسلم وليس فيه انّ بلالا امتثل لامره بل نقل عنه مخالفته فعلا (ويترسل) المؤذن (فيه) أى فى الاذان لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أذنت فترسل واذا أقمت فاحدر رواه الترمذى والترسل أن يفصل بين كلمتى الاذان بسكتة (ويحدر) أى يسرع من باب نصر ينصر بالدال المهملة (فيها) أى فى الاقامة (ويستقبل بهما) اى بالاذان والاقامة (القبلة) لانّ الملك النازل من السماء فعل كذلك ولو ترك جاز ويكره (ولا يتكلم فيهما) أى فى الاذان والاقامة لما فيه من ترك الموالاة ولا يردّ السلام أيضا خلافا للثورى (ويلتفت) أى المؤذن (يمينا وشمالا) وهما منصوبان بالظرفية (بالصلاة والفلاح) لانه خطاب للقوم فيواجههم بهما (ويستدير) أى المؤذن (فى صومعته) وهى المنار وفى الاصل هى منار الراهب التى يتعبد فيها هذا اذا لم يمكنه الالتفات مع ثبات قدميه بأن كانت متسعة فيستدير ويخرج رأسه منها ليحصل المقصود واذا أمكنه فلا يستدير (ويجعل اصبعيه فى) صماخى (أذنيه) لانه أجمع للصوت (ويثوّب) من التثويب وهو العود الى الاعلام بعد الاعلام وانما أطلقه تنبيها على ما استحسنه المتأخرون من التثويب فى كل الصلوات لظهور التوانى فى الامور الدينية وعند الثلاثة لا تثويب أصلا وعندهما يثوّب فى الفجر فقط وعند أبى يوسف فى الكل لمستغرق الهمّ كالامير والقاضى والمفتى وهو أربعة أنواع قديم وهو الصلاة خير من النوم وكان بعد الاذان الا أنّ علماء الكوفة ألحقوه بالاذان ومحدث أحدثه علماء الكوفة بين الاذان والاقامة حى على الصلاة مرّتين حى على الفلاح مرّتين وتثويب كل بلد على ما تعارفوا امّا بالتنحنح أو بالصلاة الصلاة أو قامت قامت وما استحسنه المتأخرون وهو التثويب فى سائر الصلوات لزيادة غفلة الناس وما أحدثه أبو يوسف للامير بأن يقول السلام عليك أيها الامير حى على الصلاة حى على الفلاح الصلاة يرحمك الله وكذلك كل من اشتغل بمصالح المسلمين كالمفتى والقاضى يخص بنوع اعلام وكرهه محمد (ويجلس) أى المؤذن (بينهما) أى بين الاذان والاقامة فى الفجر قدر ما يقرأ عشرين آية وفى الظهر والعشاء قدر ما يصلى أربع

وركعات يقرأ فى كل ركعة عشر آيات وفى العصر بقدر ركعتين يقرأ فيهما عشرين آية والاولى
أن يصلى بينهما (الا) فى (المغرب) فانه لا يجلس بين أذانها واقامتها عند أبى حنيفة بل يسكت
قدر ما يتمكن من قراءة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة وقيل قدر ما يخطو ثلاث خطوات وقالا
يجلس جلسة خفيفة وقال الشافعى يصلى ركعتين (ويؤذن) أى المكلف (للفائتة ويقيم)
لما روى أنه عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس بأذان واقامة وهو حجة على الشافعى
فى اكتفائه بالاقامة (وكذا) يؤذن ويقيم (لاولى) الصلوات (الفوائت) لما روينا (وخير فيه)
أى فى الاذان (للباقى) وقال مالك يكتفى باقامة واحدة فى الفوائت (ولا يؤذن قبل) دخول
(وقت) الصلاة (ويعاد) الاذان (فيه) أى فى الوقت ان أذن قبله وعند أبى يوسف والشافعى
يجوز للفجر بعد النصف الاخير وفى رواية فى جميع الليل والحجة عليهما ما رواه البيهقى أنه عليه
السلام قال يا بلال لا تؤذن حتى يطلع الفجر قال فى الامام ورجال اسناده ثقات (وكره
أذان الجنب واقامته) لان لهما شبها بالصلاة فيعادان فى رواية وفى رواية لا يعادان
والاشبه أن يعاد الاذان دون الاقامة (و) كره (اقامة المحدث) وقيل لا يكره وفى كراهة أذانه
روايتان أيضا (و) كره أيضا (أذان المرأة) لانها ان رفعت صوتها ارتكبت معصية وان لم ترفع
فقد أخلت فان أذنت يعاد استحسانا (و) أذان (الفاسق) لان قوله لا يوثق به (و) أذان
(القاعد) لتركه السنة (و) أذان (السكران) لفسقه أو لعدم معرفته بدخول الوقت ويستحب
اعادته (لا) يكره (أذان العبد وولد الزنا والاعمى والاعرابى) لان قولهم يقبل فى الامور الدينية
بخلاف الفاسق (وكره تركهما) أى ترك الاذان والاقامة (للمسافر) لان السفر لا يسقط
الجماعة فلا يسقط ما هو من لوازمها (لا) يكره تركهما فى حق (مصل) وحده أو بجماعة
(فى بيته فى المصر) لقول ابن مسعود رضى الله عنه أذان الحى يكفينا حين صلى بعلقمة
والاسود فى بيته فقيل له ألا تؤذن وتقيم وقيد بالمصر لانه يكره تركهما فى السفر مطلقا (وندبا)
أى الاذان والاقامة (لهما) أى للمسافر والمصلى فى بيته ليكون الاداء على هيئة الجماعة
(لا) يندبان (للنساء) لانهما من سنن الجماعة المستحبة والله تعالى أعلم

هذا (باب) فى بيان (شروط الصلاة)

وهى جمع شرط وهو العلامة وفى الاصطلاح ما يتوقف عليه الشئ ولا يكون منه (هى) أى
شروط الصلاة ستة الاول (طهارة بدنه من حدث) أصغر وأكبر (وخبث) بفتحتين وهو
النجاسة مغلظة أو مخففة (و) الثانى طهارة (ثوبه) لقوله تعالى وثيابك فطهر (و) الثالث طهارة
(مكانه) الذى يصلى عليه (و) الرابع (ستر عورته) لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد أى
محل زينتكم والمراد ما يوارى عورته عند كل صلاة اطلاقا لاسم الحال على المحل فى الاول
وعكسه فى الثانى (وهى) أى العورة (ما تحت سرته الى تحت ركبته) فالسرة ليست من
العورة بخلاف الركبة وقال الشافعى وأحمد الركبة ليست من العورة وعن أحمد هى القبل
والدبر فقط وعن مالك مثله ولنا قوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى
ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وكلمة الى بمعنى مع عملا بكلمة حتى (وبدن) المرأة (الحرة عورة
الا وجهها وكفيها وقدميها) فى رواية صحيحة وفى رواية قدماها عورة لقوله تعالى ولا يبدين

زينتهن الا ما ظهر منها والمراد محل زينتهن وهو الوجه والكفان (وكشف ربع ساقها يمنع) جواز الصلاة لان للربع حكم الكل وعند أبي يوسف يعتبر انكشاف الاكثر وفي النصف عنه روايتان وعند الشافعي يمنع قليله وكثيره (وكذا) يمنع انكشاف ربع (الشعر) النازل من رأسها وفي رواية ليس بعورة لكن مع هذا لا يحل النظر اليه (و) كذا يمنع انكشاف (البطن والفخذ والعورة الغليظة) وهي القبل والدبر والذكر والانثيان وسوى بين الغليظة والخفيفة وعن الكرخي يعتبر في الغليظة ما زاد على قدر الدرهم وفيما عداها الربع وعند أبي يوسف يعتبر الاكثر في الكل وقيل الخصيتان تبعان للذكر فيعتبر الكل عضوا واحدا والصحيح أن يعتبر كل واحد عضوا على حدة واختلف في الدبر هل هو عورة مع الاليتين أو كل الية منهما عورة على حدة والدبر ثالثهما والصحيح انه ثالثهما والركبة تعتبر بانفرادها والاصح أنها تبع للفخذ وثديها ان كانت ناهدة فهي تبع لصدرها وان كانت منكسرة فهي أصل بنفسها واذانها عورة بانفرادها (والامة) والمدبرة والمكاتبة والمستسعاة عند أبي حنيفة رحمه الله (كالرجل) في حكم العورة وهي من سرتها الى أن تجاوز ركبتها (وظهرها) أي ظهر الامة أيضا (وبطنها عورة) لان النظر اليهما سبب الفتنة (ولو وجد) المصلي (ثوبا) وصفته ان (ربعه طاهر و) الحال أنه قد (صلى) حال كونه (عاريا لم تجز) صلاته لان للربع حكم الكل كما في الاحرام (وخير) المصلي بين الصلاة فيه قائما بركوع وسجود وبين الصلاة قاعدا عاريا بايماء (ان طهر أقل من ربعه) أي من ربع الثوب وقال محمد وزفر لزمه أن يصلي فيه بركوع وسجود لان فيه ترك فرض واحد وفي الثاني ترك فرضين ولهما أنهما استويا في المنع والمقدار فيستويان في الحكم (ولو عدم) المصلي (ثوبا صلى) حال كونه (قاعدا موميا بركوع وسجود) عندنا وعند زفر والشافعي يصلي قائما بركوع وسجود (وهو) أي المذكور من الصلاة قاعدا موميا بركوع وسجود (أفضل من القيام بركوع وسجود) كما هي عندهما لوجود الستر في الاول (و) الخامس (النية) وهي قصد القلب (بلا فاصل) بينها وبين التحريمة بعمل يمنع الاتصال مثل الاكل والشرب ونحو ذلك والذي لا يمنع الاتصال لا يضر مثل الوضوء والمشي الى المسجد حتى لو نوى ثم توضأ أو مشى اليه فكبر ولم تحضره النية جاز ولا اعتبار بالنية المتأخرة عن التكبير في الظاهر وعن الكرخي تصح ما دام في الثناء وقيل تصح اذا تقدمت على الركوع (والشرط) في النية (أن يعلم) المصلي (بقلبه أي صلاة يصلي) وأدناها ما لو سئل لامكن أن يجيب على البديهة وان لم يقدر على أن يجيب الا بتأمل لم تجز صلاته ولا عبرة باللسان لانه كلام لا نية فان جمع كان أحسن ويحتاج الى ثلاث نيات نية الصلاة التي يدخل فيها ونية الاخلاص ونية استقبال القبلة عند الجرجاني والصحيح ان استقبالها يغني عنها قاله في المبسوط وقيل ان كان يصلي الى المحراب لا يشترط وفي الصحراء يشترط (ويكفيه) أي المصلي (مطلق النية للنفل) بأن ينوي مطلق الصلاة لان أدنى أنواع الصلاة النفل فانصرف مطلقها اليه واذا اراد أن يقول بلسانه يقول أصلي لله تعالى (و) كذا (السنة والتراويح) لانها نوافل في الاصل وقيل لا بد من نية السنية لانها وصف زائد بخلاف النفل وعند الشافعي يجب التعيين في الكل (وللفرض) أي فرض كان (شرط تعيينه كالعصر مثلا) بأن يعين فرض العصر الحاضر أو فرض الوقت الحاضر لتزاحم الفروض

فلا

فلا بدّ من تعيين وفى الجمعة يعين فرض الجمعة ولو نوى العصر مطلقا ولم ينو عصر الوقت ولا عصر اليوم فقيل يجوز وقيل لا ولو نوى عصر يومه يجوز مطلقا ولو خرج الوقت وأمّا الوتر فالاصح أنه يكفيه مطلق النية (والمقتدى ينوى المتابعة) بالامام (أيضا) أى كما ينوى الصلاة لانّ الفساد يلحقه من امامه فلا بدّ من التزامه والافضل أن ينوى الاقتداء بعد تكبير الامام ولو نواه حين وقف الامام موضع الامامة جاز عند الجمهور خلافا للبعض ولو نوى الاقتداء بالامام ولم يعين الظهر مثلا أو نوى الشروع فى صلاة الامام أو نوى الاقتداء به لا غير قيل لا يجزيه لتنوع المؤدّى والاصح أنه يجزيه وينصرف الى صلاة الامام وان لم يكن للمقتدى علم بها بخلاف ما لو نوى صلاة الامام حيث لا يجزيه لانه لم يقتد به بل عين صلاته والافضل أن يقول اقتدى بمن هو امامى أو بهذا الامام ولو اقتدى به ولم يخطر بباله أزيد أم عمرو جاز ولو نوى الاقتداء به وهو يظنّ انه زيد فاذا هو عمرو جاز ولو نوى الاقتداء بزيد فاذا هو عمرو لم يجز لانه نوى الاقتداء بالغائب (وللجنازة ينوى الصلاة لله تعالى و) ينوى (الدعاء للميت) لانه الواجب عليه فيجب تعيينه واخلاصه لله تعالى ويقول بلسانه أصلى لله تعالى داعيا للميت (و) السادس من الشروط (استقبال القبلة) لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره أى جهته (فللمكى فرضه) أى فرض الاستقبال (اصابة عينها) أى عين الكعبة لانه يمكنه ذلك سواء كان بينه وبينها جدار أو حائل أو لم يكن حتى لو اجتهد وصلى وبان خطؤه يعيد وقيل لا (ولغيره) أى ولغير المكى فرضه (اصابة جهتها) أى جهة الكعبة فى الصحيح قال الجرجانى هو كالاوّل وفائدته تظهر فى اشتراط نية عين الكعبة فعنده يشترط وعند غيره لا وقيل البيت قبلة من يصلى فى مكة أو فى البطحاء ومكة قبلة أهل الحرم والحرم قبلة الآفاق وعن أبى حنيفة المشرق قبلة أهل المغرب والمغرب قبلة أهل المشرق والجنوب قبلة أهل الشمال والشمال قبلة أهل الجنوب (والخائف) من عدوّ أولص أو سبع (يصلى الى أىّ جهة قدر) لتحقق العجز وكذا المريض اذا لم يجد من يحوّله اليها ومن كان على خشبة فى البحر (ومن اشتبهت عليه القبلة) بانطماس الاعلام وتراكم الظلام وتضامّ الغمام (تحرّى) أى اجتهد وهو بذل المجهود فى نيل المقصود ولو كان بحضرته من يسأله عنها لم يتحرّ ولا يجوز التحرّى مع المحاريب (وان أخطأ) فى التحرّى (لم يعد) الصلاة وقال الشافعى يعيد ان استدبر لتيقنه بالخطا قلنا التكليف مقيد بالوسع وقد أتى بما فى وسعه (فان علم به) أى بالخطا (فى صلاته استدار) الى القبلة وأتمّ لانّ أهل قباء لما بلغهم نسخ القبلة استداروا فى الصلاة كهيئتهم (ولو تحرّى قوم) أى جماعة مع امام (جهات) فى ليلة مظلمة وصلى كل واحد من القوم الى جهة والامام الى جهة (و) الحال أنهم (جهلوا حال امامهم يجزيهم) أى يجزيهم صلاتهم اذا كانوا خلف الامام لانّ القبلة فى حقهم جهة التحرّى وهذه المخالفة غير مانعة لصحة الاقتداء كما فى جوف الكعبة ومن علم منهم حال امامه لم تجز صلاته لانه اعتقد امامه على الخطا ومن تقدّم على امامه فسدت صلاته كما فى جوف الكعبة لتركه فرض المقام

* هذا (باب) فى بيان (صفة الصلاة) *

الصفة والوصف مصدران من وصف يصف وأصلها وصفة كعدة أصلها وعدة حذفت الواو

وعوضت عنها الهاء ومعنى وصفت الشئ كشفت حاله وأجليت شأنه والصفة الامارة اللازمة للشئ وقال المتكلمون الصفة تقوم بالموصوف والوصف بالواصف وليت شعرى من أين التخصيص لان كلا منهما مصدر يجوز أن يتصف به الفاعل والمفعول (فرضها) أى فرض الصلاة سبعة الاول (التحريمة) أى تكبيرة الافتتاح وتسمى التكبيرة الاولى والتحريم جعل الشئ محرما وخصت التكبيرة الاولى بها لانها تحرم الاشياء المباحة قبل الشروع بخلاف سائر التكبيرات وانما عدها مع الاركان وان كانت هى شرطا عندنا خلافا للشافعى لاتصالها بها واطلاق الفرض على الاركان لانه أعم من الشرط والركن وعن بعض أصحابنا انها ركن كما قاله الشافعى وفائدة الخلاف فى أداء النفل بتحريمة الفرض وأداء فرض آخر وفيمن أحرم مقارنا بطلوع الشمس أو باستوائها أو بغروبها (و) الثانى (القيام) ركن فى الفرض دون النفل (و) الثالث (القراءة) مطلقا لقوله تعالى فاقرؤا ماتيسر من القرآن (و) الرابع (الركوع و) الخامس (السجود) لقوله تعالى اركعوا واسجدوا (و) السادس (القعود الاخير) وهو فرض وليس بركن وقال مالك هو سنة ولنا أنه عليه السلام أخذ بيد عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعلمه التشهد الى قوله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ثم قال اذا فعلت هذا أو قلت هذا فقد قضيت صلاتك علق تمامها به ومالا يتم الفرض الا به فهو فرض فان قلت أو لاحد الشيئين وليس فيه دلالة على ماقلتم قلت معناه اذا قرأت التشهد وأنت قاعد لان قراءته فى غير الصلاة لم تشرع ولم تعتبر اجماعا فصار المعنى اذا قلت هذا وأنت قاعد أو قعدت ولم تقل فصار التخيير فى القول لا فى الفعل اذ الفعل ثابت فى الحالين فان قلت كيف يثبت الفرض بخبر الواحد قلت ليس الثبوت به بل هو بالكتاب لان نفس الصلاة ثابتة به وتمامها منها فالخبر بيان لكيفية الاتمام والبيان به يصح كما فى مسح الرأس وقيل الفرضية بالاجماع وفيه نظر ثم حد القعود (قدر قراءة (التشهد) على الاصح وقيل قدر ما يأتى فيه بالشهادتين وعند مالك قدر ايقاع السلام (و) السابع (الخروج) أى خروج المصلى من صلاته (بصنعه) عند أبى حنيفة على تخريج البردعى اخذه من اثنى عشرية فقال لو لم يبق عليه فرض لما بطلت صلاته فيها وعلى تخريج الكرخى ليس بفرض وهو الصحيح على ماسيأتى ان شاء الله تعالى (وواجبها) أى واجب الصلاة اثنا عشر الاول (قراءة الفاتحة) وقالت الثلاثة فرض (و) الثانى (ضم سورة) من القرآن الى الفاتحة وقال مالك هو أيضا فرض هكذا قال صاحب الهداية وقال فى الغاية لم يقل أحد ان ضم السورة فرض (و) الثالث (تعيين القراءة فى) الركعتين (الاوليين) من الفرض وعند الشافعى فى كل الركعات فرض وعن مالك فى ثلاث (و) الرابع (رعاية الترتيب فى فعل مكرر) فى ركعة كالسجدة حتى لو ترك السجدة الثانية وقام الى الركعة الثانية لا تفسد صلاته ويجوز أن يقضيها فى آخر الصلاة وعند زفر والشافعى فرض وقيد بفعل مكرر فى ركعة لان رعاية الترتيب بين الافعال المكررة فى الركعتين وما فوقهما فرض كترتيب القيام على الركوع وترتيب الركوع على السجود لان الصلاة لا توجد الا بذلك (و) الخامس (تعديل الاركان) وهو تسكين الجوارح فى الركوع والسجود حتى تطمئن مفاصله وأدناه مقدار تسبيحة وهو تخريج الكرخى وفى تخريج الجرجانى سنة لانه شرع لتكميل الاركان وليس

بمقصود

بمقصود لذاته وقال أبو يوسف والشافعي هو فرض وهو المختار (و) السادس (القعود الاول) وقال الكرخي والطحاوي سنة (و) السابع قراءة (التشهد) في الاولى والثانية وهو ظاهر الرواية فلذلك أطلق والقياس أن يكون سنة في الاولى وهو اختيار البعض وعند الشافعي التشهد في الثانية فرض (و) الثامن اصابة (لفظ السلام) وقال الشافعي فرض لقوله عليه الصلاة والسلام وتحليلها التسليم ولنا ماروى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قعد الامام في آخر صلاته ثم أحدث قبل أن يسلم وفي رواية قبل أن يتكلم تمت صلاته رواه أبو داود والترمذى ومارواه لايفيد الا الوجوب وقد قلنا به (و) التاسع (قنوت الوتر) وقال الشافعي القنوت في الصبح لانه عليه الصلاة والسلام قنت في الفجر بعد الركوع ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قنت شهرا يدعو على قوم من العرب ثم تركه رواه البخارى ومسلم (و) العاشر (تكبيرات العيدين) لمواظبته عليه الصلاة والسلام عليها (و) الحادى عشر (الجهر) فيما يجهر كالمغرب والعشاء والصبح (و) الثاني عشر (الاسرار) فيما يسر كالظهر والعصر وعند البعض هما سنتان حتى لايجب بتركهما سجدتا السهو وقوله (فيما يجهر) راجع الى قوله والجهر وقوله (ويسر) راجع الى قوله والاسرار بطريق اللف والنشر المرتب (وسننها) أى سنن الصلاة ثلاثة وعشرون على ماذكره الاول (رفع اليدين) في أول الصلاة (للتحريمة و) الثاني (نشر أصابعه) فلا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج (و) الثالث (جهر الامام بالتكبير) لحاجته الى الاعلام بالدخول ولهذا سن رفع اليدين قبل التكبير للاصم والجهر بالتكبير للاعمى (و) الرابع (الثناء) وهو قراءة سبحانك اللهم الى آخره وعند مالك ليس هذا بسنة (و) الخامس (التعوذ) أى قراءة أعوذ بالله من الشيطان الرجيم وعند مالك ليس بسنة (و) السادس (التسمية) وهي أن يقول بسم الله الرحمن الرحيم وعند الشافعي وأحمد التسمية فرض لانها من الفاتحة وعند مالك لا يقرؤها أصلا بل يبدأ بعد التكبير بالفاتحة (و) السابع (التأمين) وهو أن يقول آمين بعد قراءة الفاتحة وهي سنة في حق الامام والمأموم جميعا وقوله (سرا) راجع الى الاربعة وهي التأمين والتسمية والتعوذ والثناء وعند الشافعي وأحمد يجهر بالتسمية والتأمين وهذا هو الثامن من السنن وانتصابه على المصدرية والتقدير تسر هذه الاربعة سرا أو يسرها المصلى سرا (و) التاسع (وضع يمينه) أى يمين المصلى (على يساره) وعند مالك يرسلهما (و) العاشر وضعهما (تحت سرته) وعند الشافعي وأحمد على صدره (و) الحادى عشر (تكبير الركوع) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل رفع وخفض (و) الثاني عشر (الرفع منه) أى من الركوع والرفع مرفوع عطفا على التكبير ولا يجوز جره لانه لا تكبير عند الرفع من الركوع وانما يأتي بالتسميع وعن أبي حنيفة ان الرفع منه فرض والصحيح الاول (و) الثالث عشر (تسبيحه) أى تسبيح الركوع (ثلاثا) أى ثلاث مرات وذلك أدناه وعند الظاهرية هي فرض (و) الرابع عشر (أخذ ركبتيه بيديه) في الركوع (و) الخامس عشر (تفريج أصابعه) للتمكن (و) السادس عشر (تكبير السجود) ولو قال والرفع منه كان أولى لان التكبير عند الرفع منه سنة أيضا وكذا الرفع نفسه سنة وعن أبي حنيفة فرض (و) السابع عشر (تسبيحه) أى تسبيح السجود (ثلاثا) أى ثلاث

مرّات وذلك أدناه وعن مالك هو فرض (و) الثامن عشر (وضع يديه وركبتيه) على الارض
حالة السجود وهو سنة عندنا لتحقق السجود بدون وضعهما وعند الشافعي في قول فرض
وأمّا وضع القدمين فقد ذكر القدوري أنه فرض في السجود (و) التاسع عشر (افتراش رجله
اليسرى ونصب اليمنى) في حالة القعود للتشهد في القعدتين جميعا وعند الشافعي وأحمد يتورّك
في الاخيرة وعند مالك يتورّك فيهما جميعا (و) العشرون (القومة) بين الركوع والسجود
(و) الحادي والعشرون (الجلسة) بين السجدتين وقال أبو يوسف هما فرض وبه قال الشافعي
(و) الثاني والعشرون (الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم) بعد التشهد الاخير وقال الشافعي
هي فرض وبه قال مالك وأحمد (و) الثالث والعشرون (الدعاء) بعد التشهد الاخير بما يشبه
ألفاظ القرآن والادعية المأثورة (وآدابها) أي آداب الصلاة ستة على ما ذكره الاول (نظره)
أي نظر المصلي (الى موضع سجوده) في حالة القيام وفي حالة الركوع الى ظهر قدميه وفي سجوده
الى أرنبة أنفه وفي قعوده الى حجره وعند التسليمة الاولى الى منكبه الايمن وعند الثانية الى
منكبه الايسر (و) الثاني (كظم فمه) أي امساكه وسدّه (عند التثاؤب) لانه من الشيطان
(و) الثالث (اخراج كفيه من كميه عند التكبير) الاول الا عند الخوف من البرد لان فيه
التشبيه بالجبابرة (و) الرابع (دفع السعال ما استطاع) يعني مهما أمكن لانه ليس من أفعال
الصلاة ولهذا لو كان بلا عذر فحصلت منه حروف تفسد صلاته (و) الخامس (القيام) أي قيام
الامام والقوم (حين قيل) أي حين يقول المؤذن (حي على الفلاح) وان لم يكن الامام حاضرا
لا يقوم القوم حتى يصل اليهم ويقف مكانه في رواية وفي أخرى يقومون اذا اختلط بهم وقيل
يقوم كل صف ينتهي اليه الامام وهو الاظهر وان دخل من قدّام يقومون حين يقع
بصرهم عليه وقال زفر يقومون حين قيل قد قامت الصلاة الاولى ويحرمون عند الثانية
(و) السادس (شروع الامام) في الصلاة (مذ قيل قد قامت الصلاة) عندهما وقال أبو يوسف
يشرع اذا فرغ من الاقامة وبه قال الشافعي وعند مالك بعد الفراغ منها وبعد استواء
الصفوف ولما فرغ عن بيان أركان الصلاة وسننها وآدابها شرع في بيان صفتها فقال

هذا (فصل) في بيان صفة الشروع في الصلاة وبيان أحكامها وأحوالها (واذا أراد)
المكلف (الدخول في الصلاة) أي صلاة كانت (كبّر) الا اذا كان أخرس أو أمّيا لا يحسن شيأ
فان دخولهما بالنية فقط ولا يلزمهما تحريك اللسان (ورفع يديه) مقدّما على التكبير وعن أبي
يوسف مقارنا معه متوازيتين (حذاء أذنيه) بحيث يكون ابهاماه عند شحمتي أذنيه ورؤس
أصابعه عند فروعهما وقال الشافعي يرفعهما الى منكبيه وبه قال أحمد (فلو شرع) المصلي
في صلاته (بالتسبيح) بأن قال سبحان الله عوض الله أكبر (أو التهليل) بأن قال لا اله الا الله
(أو) شرع (بالفارسية) بأن قال خدا بزرك يعني الله أكبر وكذا سائر لغات العجم مثل
السريانية والعبرانية والهندية والتركية (صح) شروعه في هذه الصور أمّا الافتتاح بالتسبيح
والتهليل فهو قول أبي حنيفة ومحمد وكذلك يجوز عندهما كل ما يدل على التعظيم وقال
أبو يوسف ان كان يحسن التكبير لم يجز الا الله أكبر والله الاكبر والله كبير والله الكبير وقال
الشافعي لا يجوز الا بالاولين وقال مالك وأحمد لا يجوز الا بالله أكبر ولهما قوله تعالى وذكر

قوله خدا بهامش نسخة هكذا لفظه بغير بان اه

اسم

اسم ربه فصلى نزلت في تكبيرة الافتتاح فقد اعتبر مطلق الذكر والمقصود التعظيم وقد حصل ولكن قيل يكره الشروع بغير لفظ التكبير لاجل الاخبار وقال السرخسي الاصح أنه لا يكره وأما الشروع بالفارسية أو القراءة بها فهو جائز عند أبي حنيفة مطلقا وقالا لا يجوز الا عند العجز وبه قالت الثلاثة وعليه الفتوى وصح رجوع أبي حنيفة الى قولهما (كما لو قرأ بها) أي بالفارسية حال كونه (عاجزا) عن العربية فانه يجوز بلا خلاف (أو ذبح) حيوانا (وسمى بها) أي بالفارسية جاز أيضا بلا خلاف وكذا التلبية في الحج والسلام (لا) يصح شروعه فيها (باللهم اغفر لي) لانه ليس بتعظيم خالص اذ هو مشوب بحاجته ولو قال اللهم فقط يصح عند البصريين خلافا للكوفيين ولو قال الله فقط يجوز عند أبي حنيفة خلافا لمحمد وكذا لو قال الرحمن أو الرب أو الكبير أو الاكبر ولم يزد عليه وقيل يصير شارعا بالرحمن لا بالرحيم ولو أبدل الكاف قافا يصير شارعا لان العرب تفعله (ووضع يمينه على يساره) يعني الكف على الكف ويقال على المفصل وعند أبي يوسف يقبض بيده اليمنى رسغ يده اليسرى وفي المفيد يأخذ رسغه بالخنصر والابهام وهو المختار لانه يلزم من الاخذ الوضع ولا ينعكس وعند مالك يرسلهما وسنة الوضع عندنا (تحت سرته) وعند الشافعي على صدره وقد مر وقوله (مستفتحا) حال من الضمير الذي في وضع أي قارئا سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعند أبي يوسف والشافعي في قول يتوجه أيضا وعن الشافعي يتوجه فقط (وتعوذ) يعني قال أعوذ بالله من الشيطان الرجيم وهو اختيار أبي عمرو وعاصم وابن كثير وقيل المختار استعيذ بالله من الشيطان الرجيم وهو اختيار حمزة وقال مالك لا يتعوذ وقد مر وانتصاب (سرا) على الحال أو على أنه صفة لمصدر محذوف أي تعوذ تعوذا سرا كما ذكرنا وقوله (للقراءة) يتعلق بقوله تعوذ يعني التعوذ سنة للقراءة فيكون تبعا لها عندهما وعند أبي يوسف والشافعي تبع للثناء وأشار الى فائدة الخلاف بقوله (فيأتي به) أي بالتعوذ (المسبوق) لانه يقرأ (لا) يأتي به (المقتدي) لانه لا يقرأ (ويؤخر) التعوذ (عن تكبيرات العيد) لانه انما يقرأ بعدها وعند أبي يوسف لا يأتي به المسبوق لانه يتعوذ حين يشرع فيها ويأتي به المقتدي لانه يأتي بالثناء ويتعوذ قبل تكبيرات العيد (وسمى) يعني قال بسم الله الرحمن الرحيم بعد التعوذ وقال مالك لا يسمي وانتصاب (سرا) على الحال من الضمير الذي في سمى أي حال كونه مسارا وقال الشافعي يجهر بها في الجهرية ولنا ما روي عن أنس رضي الله تعالى عنه أنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالى عنهم فلم أسمع أحدا منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم رواه مسلم ولم يصح حديث في الجهر بالبسملة وقوله (في كل ركعة) يتعلق بقوله سمى وهذا عندهما وعند أبي حنيفة يسمي في أول صلاته فقط وعن محمد اذا كان يخفي بالقراءة يأتي بها بين الفاتحة والسورة لانه أقرب الى متابعة المصحف واذا كان يجهر لا يأتي بها بينهما (وهي) أي التسمية (آية من القرآن أنزلت للفصل بين السور) كالديباجة والطراز على أوائل السور وقال مالك ليست من القرآن الا في النمل فانها بعض آية فيها لان القرآن لا يثبت الا بالتواتر ولم يوجد (وليست) التسمية آية (من الفاتحة ولا من كل سورة) وقال الشافعي هي من الفاتحة قولا واحدا وكذا من غيرها على الصحيح لاجماعهم على كتابتها في المصاحف مع الامر بتجريد المصاحف وهو من أقوى الحجج ولنا ما رواه

ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يعرف فصل السور حتى ينزل عليه بسم الله الرحمن الرحيم رواه أبو داود والحاكم فان قلت ينبغي أن تجوز الصلاة بها عند أبي حنيفة قلت عدم الجواز لاشتباه الآثار واختلاف العلماء في كونها آية (و) بعد التسمية (قرأ) سورة (الفاتحة) وجوبا وعند الشافعي فرضا (و) قرأ معها (سورة) من القرآن وجوبا (أو) قرأ (ثلاث آيات) عوض السورة (وأمّن الامام) بعد قراءة الفاتحة (و) كذا (المأموم) تأمينا (سرًّا) وعند الشافعي جهرا عند الجهر بالقراءة وعن مالك لا يأتي الامام بالتأمين وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة والمدّ فيه بلا تشديد اختيار الفقهاء والقصر اختيار أهل اللغة والتشديد فيه خطأ فاحش حتى لو قال آمّين بالمدّ والتشديد قيل تفسد صلاته والفتوى على أنها لا تفسد ولو قال بالمدّ وحذف الياء لا تفسد عند أبي يوسف ولو قال بالقصر والحذف ينبغي أن تفسد لانه لم يوجد في القرآن بخلاف الاول ولو قال بالقصر والتشديد ينبغي أن تفسد وهو ليس من الفاتحة اتفاقا ومعناه استجب دعاءنا (و) بعد الفراغ من القراءة (كبر بلا مدّ) لانّ المدّ ان كان في أوّله وهي همزة الله تفسد صلاته لانه استفهام وان تعمده يكفر لاجل الشك في الكبرياء وان كان في همزة أكبر فكذلك الجواب وان كان في باء أكبر فقد قيل تفسد لانه خطأ من حيث اللغة ولان اكبارا جمع كبر وهو الطبل فيخرج من معنى التكبير وقيل لا تفسد وان كان المد في لام الله فحسن مالم يخرج عن حدّها (و) بعد ذلك (ركع ووضع يديه على ركبتيه وفرج أصابعه) للتمكن (وبسط ظهره وسوّى رأسه بعجزه) وهو نصفه المؤخر أراد لا يرفع رأسه الى فوق ولا ينكسه الى أسفل (وسبح فيه) أي في الركوع (ثلاثا) أي ثلاث مرّات وذلك أدناه ويكره أن ينقص عنها أو يترك كله وقال أبو مطيع لا تجوز صلاته وعن الشافعي يزيد فيه اللهمّ لك ركعت ولك خشعت ولك أسلمت وعليك توكلت وفي السجود سجد وجهي للذي خلقه وصوّره وشق سمعه وبصره فتبارك الله أحسن الخالقين وعن مالك لا تسبيح في الركوع (ثم) بعده (رفع رأسه) وقال ان كان اماما سمع الله لمن حمده وان كان مأموما يقول ربنا لك الحمد وان كان منفردا يجمع بينهما في رواية وقيل لا (واكتفى الامام بالتسميع) عند أبي حنيفة وقالا يقول ربنا لك الحمد سرًّا أيضا لانه حرّض غيره فلا ينسى نفسه وقال الشافعي يأتي الامام والمأموم بالذكرين ولنا ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد رواه البخاري ومسلم قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة (و) اكتفى (المؤتم والمنفرد بالتحميد) أي ربنا لك الحمد وقد ذكرناه (ثم) بعد ذلك (كبر ووضع ركبتيه) أوّلا (ثم) وضع (يديه ثم) وضع (وجهه بين كفيه) لحديث وائل رضي الله عنه أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه رواه أبو داود وهو حجة على مالك حيث يقول ان شاء وضع يديه أوّلا ثم ركبتيه وان شاء عكس هذا الذي ذكره (بعكس النهوض) أي القيام يعني في النهوض يرفع وجهه أوّلا ثم يديه ثم ركبتيه وهذا عكس ما فعل أوّلا (وسجد على الارض (بأنفه وجبهته) جميعا (وكره) السجود أي الاقتصار فيه (بأحدهما) أي الانف أو الجبهة وهذه اشارة الى جواز الاكتفاء بأحدهما أيهما كان مع الكراهة عند أبي حنيفة وقالا ان سجد على الجبهة دون الانف جاز وبالعكس لا فالسجود على الجبهة فرض عندهما لقوله عليه

السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء وعدّ منها الجبهة ولو كان الانف محل السجود لذكره فصار كالخد والذقن وله ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أمرت ان اسجد على سبع ولا أكف الشعر ولا الثياب الجبهة والانف واليدين والركبتين والقدمين رواه مسلم (أو) سجد (بكور) أى على كور (عمامته) فانه يكره أيضا وقال الشافعى لا يجوز لقوله عليه السلام مكن جبهتك من الارض ولنا أنه عليه السلام كان يسجد على كور عمامته ويصلى بثوب واحد يتقى بفضوله حرّ الارض وبردها رواه أحمد وقال البخارى فى صحيحه قال الحسن كان القوم يسجدون على العمامة والقلنسوة وكذا الخلاف لو سجد على فاضل ثوبه ولو سجد على كفه وهى على الارض جاز على الاصح ولو سجد على فخذه من غير عذر لا يجوز على المختار وعلى ركبتيه لا يجوز مطلقا ولو سجد على ظهر من فى صلاته يجوز وعلى ظهر من يصلى صلاة غيره أو ليس فى الصلاة لا يجوز وان سجد على شئ لا يلقى حجمه لا يجوز كالقطن المحلوج والثلج والتبن والدخن ونحو ذلك (وأبدأ) بالهمزة من الابداء وهو الاظهار (ضبعيه) أى عضديه يعنى يباعدهما عن جنبه (وجافى) أى باعد (بطنه عن فخذيه) وقيل ان كان فى الصف لا يجافى حذرا من اضرار الجار والمرأة لا تجافى مطلقا (ووجه أصابع رجليه نحو القبلة) كذا فى حديث أبى حميد رضى الله عنه (وسبح فيه) أى فى السجود (ثلاثا) أى ثلاث مرات يقول سبحان ربى الاعلى وذلك أدناه وعن مالك التسبيح فيه فرض (والمرأة) فى الصلاة (تنخفض) أى تضم نفسها (وتلزق بطنها بفخذيها) لانّ ذلك أستر لها (ثم رفع) المصلى رأسه بعد ما فرغ من السجود الاول حال كونه (مكبرا وجلس) بين السجدتين حال كونه (مطمئنا وكبر) أيضا (وسجد) سجدة ثانية وهى فرض كالاولى حال كونه (مطمئنا) واختلف فى مقدار الرفع فروى عن أبى حنيفة انه ان كان الى القعود أقرب جاز وان كان الى الارض لا يجوز وقال محمد بن سلمة اذا رفع رأسه بحيث لا يشكل على الناظر أنه قد رفع يجزئه وعن أبى حنيفة اذا رفع رأسه مقدار ما يمر الريح بينه وبين الارض جاز (و) بعد ذلك (كبر للنهوض) يعنى للقيام الى الركعة الثانية (بلا اعتماد) بيديه على الارض (و) لا (قعود) بين السجدة الثانية والقيام الى الركعة الثانية وقال الشافعى يعتمد ويجلس جلسة خفيفة ولنا ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه أنه عليه السلام كان ينهض على صدور قدميه رواه الترمذى (و) الركعة (الثانية كالاولى) أى كالركعة الاولى فى الهيئة (الا أنه) أى المصلى (لا يثنى) أى لا يأتى فيها بالثناء وهو سبحانك اللهم الخ (ولا يتعوذ) لانهما لم يشرعا الا فى أول الصلاة (ولا يرفع) المكلف (يديه الا فى) سبع مواضع يعبر عنها بحروف (فقعس صمعج) الفاء من تكبيرة الافتتاح والقاف من القنوت والعين من العيدين والسين من استلام الحجر الاسود والصاد من الصفا والميم من المروة والعين من عرفة وجمع وهو المزدلفة والجيم من الجمرة الاولى والوسطى فان قلت الحديث فى سبع مواطن وهذه ثمانية قلت الصفا والمروة كلاهما فى حكم الواحد فتبقى سبعة

(واذا فرغ) المصلى (من سجدتى الركعة الثانية افترش رجله اليسرى وجلس عليها ونصب يمناه) أى رجله اليمنى (ووجه أصابعه نحو القبلة) هكذا وصفت عائشة رضى الله تعالى عنها قعود النبى صلى الله عليه وسلم فى صلاته وقد ذكرنا الخلاف فيه (ووضع يديه على فخذيه) وأشار الى كيفية الوضع بقوله (وبسط أصابعه) ولكن اختلف فى وضع اليد اليمنى فعن أبى يوسف

أنه يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الوسطى والابهام ويشير بالسبابة وعن محمد أنه عليه الصلاة والسلام كان يشير ونحن نصنع بصنعه ويقال لا يشير وفي المنية الاشارة مكروهة وفي التحفة الاشارة مستحبة وهي الاصح على ما ثبت في الحديث (وهي) أي المرأة (تتورك) أي تخرج رجليها من جانبها الايمن وتمكن وركها من الارض لانه استر لها وعند مالك الرجل كالمرأة (وقرأ) المصلي (تشهد) عبد الله (بن مسعود) رضي الله عنه وهو مشهور وقال الشافعي تشهد ابن عباس رضي الله عنهما وهو التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله لما روى ابن عباس أنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فقال التحيات المباركات الى آخره رواه مسلم وأبو داود ولكن السلام بالالف واللام في الموضعين وخرجه ابن ماجه كما رواه مسلم لكن قال وأشهد أن محمدا عبده ورسوله وروى النسائي كمسلم لكنه نكر السلام وقال وأن محمدا عبده ورسوله وهذا فيه اضطراب كثير وكلهم رووه على خلاف ما يقوله الشافعي وشرط لجواز الصلاة أن يصلي على النبي عليه الصلاة والسلام بعد التشهد وهي ليست في تشهد أحد منهم والاصح ما قلنا لاتفاق أهل النقل على تشهد ابن مسعود فقال الترمذي والخطابي وابن المنذر وابن عبد البر تشهد ابن مسعود أصح حديث في التشهد وعليه أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين وقال أبو الفضل محمد بن طاهر المقدسي اعلم أن كل من جهر بالبسملة وقنت في الصبح وتشهد بتشهد ابن عباس وما أشبه ذلك من المسائل التي صح النقل بخلافها فانه متبع للهوى مخالف للسنة وان كان وقع عليه الاسم مجازا فعذره عذر المقلد (وفيما بعد الاولين) من الفرائض (اكتفى) المصلي (بالفاتحة) وان شاء تركها وعن أبي حنيفة أنها واجبة حتى يجب سجود السهو بتركها قال الشارح والصحيح الاول قلت الصحيح هو الثاني (والقعود الثاني) في الصلاة (كالاول) أي كالقعود الاول عندنا وعند الشافعي يتورك في الثاني وعند مالك يتورك فيهما وقد ذكرناه (وتشهد) في الثاني أيضا (وصلى على النبي) صلى الله عليه وسلم بأن يقول اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد وهي سنة عندنا وعند الثلاثة فرض وقد بيناه (ودعا) بعد الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم (بما يشبه) ألفاظ (القرآن) نحو اللهم اغفر لي ولوالدي (و) بما يشبه الالفاظ المأثورة في (السنة) نحو قوله اللهم اني أعوذ بك من عذاب جهنم ومن عذاب القبر ومن فتنة المحيا والممات ومن شر فتنة المسيح الدجال (لا) يدعو بما يشبه (كلام الناس) وهو ما لا يستحيل سؤاله من العباد نحو أعطني كذا وزوجني امرأة وما لا يشبه كلامهم ما يستحيل سؤاله منهم نحو اللهم اغفر لي ولو قال اللهم ارزقني فلانة تفسد في الصحيح لانه يستعمل فيما بيننا فان محمدا قال يقال رزق الامام اذا رزق الجيش وقيل كل ما كان في القرآن أو معناه لا يفسد حتى لو قال اللهم ارزقني من بقلها وقثائها وفومها الا تفسد ولو قال اللهم ارزقني بقلا وقثاء وفوما تفسد وهذا كله اذا لم يقعد قدر التشهد وأما اذا قعد فصلاته تامة يخرج به من الصلاة (وسلم) مقارنا (مع) تسليم (الامام) في رواية عن أبي حنيفة وفي أخرى بعد تسليمه كما هو مذهبهما ومذهب الشافعي لانه

خروج

خروج من العبادة فلا يحتاج الى المبادرة (كالتحريمة) أى كما أنه يحرم مقارنا لتحريمة الامام عند
أبى حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام واذا كبر فكبروا والفاء للقران كما فى قوله تعالى واذا قرئ
القرآن فاستمعوا له وعندهما بعده لان الفاء للتعقيب وبه قال الشافعى قيل هذا الخلاف فى الجواز
وقيل لا خلاف فى الجواز وهو الصحيح وانما الخلاف فى الاولوية وكلمة عن فى قوله (عن يمينه)
تتعلق بقوله سلم أى سلم عن يمينه مرة (و) عن (يساره) أخرى وقال مالك يسلم تسليمة واحدة تلقاء
وجهه ويميل قليلا الى اليمين وانتصاب (ناويا) على الحال من الضمير الذى فى سلم أى حال كونه ناويا
(القوم) من الرجال والنساء وقيل لا ينوى النساء فى زماننا ولا من لا شركة له فى صلاته وقيل
ينويهم مطلقا (والحفظة) وهم الملائكة الذين يحفظونه من غير تعيين عدد لاختلاف الآثار فى
عددهم كالانبياء عليهم السلام فقيل مع كل مؤمن خمسة من الحفظة وقيل ملكان وقيل ستون
ملكا وقيل مائة وستون (و) ينوى المقتدى (الامام) أيضا اذا كان (فى الجانب الايمن أو)
فى الجانب (الايسر أو) نوى (فيهما) أى فى التسليمتين (لو) كان (محاذيا) للامام وعن أبى يوسف
نواه فى الاولى ترجيحا للجانب الايمن (ونوى الامام) أيضا القوم (بالتسليمتين) وقيل لا ينويهم
وقيل ينوى بالتسليمة الاولى والصحيح الاول والمنفرد ينوى الحفظة فقط (وجهر) الامام (بقراءة
الفجر وأولى العشاءين) أى المغرب والعشاء (ولو) كان يصلى (قضاء) وقيل يخافت فى القضاء
والاول أصح لان القضاء يحكى الاداء (و) يجهر أيضا بقراءة (الجمعة والعيدين) للتوارث
(ويسر) بالقراءة (فى غيرها) كالظهر والعصر وعن مالك يجهر فى ظهر عرفة لانها تؤدى بجمع
عظيم فأشبهت الجمعة ولنا اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام صلاة النهار عجماء أى ليس فيها
قراءة مسموعة (كمتنفل بالنهار) حيث يخفى بالقراءة بلا خلاف (وخير المنفرد) الذى يصلى
وحده ان شاء جهر بالقراءة (فيما يجهر) وان شاء خافت (كمتنفل بالليل) حيث يخير ولكن
الجهر أفضل ليكون الاداء كهيئة الجماعة ولكن لا يبالغ فى الجهر (ولو ترك) المصلى قراءة
(السورة فى أولى العشاء قرأها) أى السورة (فى) الركعتين (الاخريين مع) قراءة (الفاتحة)
قراءة (جهرا ولو ترك) قراءة (الفاتحة لا) يقرؤها وقال أبو يوسف لا يقضى واحدة منهما
لانه لو قرأ فاما ان يجهر بهما وفيه تغيير الفاتحة أو يخافت بهما وفيه تغيير السورة أو يجمع
بينهما جهرا ومخافتة وفيه تغيير المشروع فوجب الكف أصلا ولهما وهو الفرق بين
الوجهين ان قراءة الفاتحة فى الشفع الثانى مشروعة فاذا قرأها مرة وقعت عن الاداء
لانها أقوى لكونها فى محلها ولو كررها خالف المشروع بخلاف السورة فان الشفع الثانى
ليس محلا لها أداء فجاز أن يقع قضاء لانه محل للقضاء فان قلت قراءة السورة فى الاخريين
واجبة أم مستحبة قلت ذكر فى الجامع الصغير ما يقتضى الوجوب لانه قرأ فى الاخريين
الفاتحة والسورة وهو اخبار من المجتهد فجرى مجرى اخبار صاحب الشرع فى اقتضاء
الوجوب وذكر فى الاصل ما يقتضى الاستحباب لانه قال اذا ترك السورة فى الاوليين أحب الى
أن يقرأها فى الاخريين ثم عن أبى حنيفة ثلاث روايات فى رواية يخافت بهما وفى رواية يجهر
بالسورة دون الفاتحة وهو اختيار فخر الاسلام وفى رواية يجهر بهما وهو الاصح ولا بد من
تصحيح الحروف لتصير قراءة فان صححها ولم يسمع نفسه يجوز عند الكرخى وقال شمس الائمة

الاصح أنه لايجزئه مالم يسمع أذناه ويسمع من بقربه وعلى هذا كل مايتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء والتسمية على الذبيحة والايلاء والبيع (وفرض القراءة) فى الصلاة (آية) ولو كانت قصيرة وقالا لا بدّ من ثلاث آيات قصار أو آية طويلة لانّ القارئ بما دونها لايسمى قارئا عرفا وله اطلاق قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن الا انّ مادون الآية خارج ولو كانت الآية كلمة مثل مدهامّتان أو حرفا واحدا مثل ص وق ون اختلف فيها الاصح أنه لايجوز ولو قرأ آية طويلة فى الركعتين كآية الكرسى والمداينة الاصح أنه يجوز عنده (وسنتها) أى سنة القراءة (فى السفر) قراءة (الفاتحة وأى سورة شاء) لانّ مبناه على التخفيف (و) سنتها (فى الحضر) أى فى الاقامة (طوال المفصل) وهو السبع السابع سمى به لكثرة فصوله وهو من سورة محمد عليه السلام وقيل من الفتح وقيل من ق الى آخر القرآن وطواله الى سورة البروج (لو) كان الذى يصليه (فجرا أو ظهرا و) سنتها (أوساطه) أى أوساط المفصل وهى من البروج الى لم يكن (لو) كان الذى يصليه (عصرا أو عشاء و) سنتها (قصاره) أى قصار المفصل وهى من لم يكن الى آخر القرآن (لو) كان الذى يصليه (مغربا) وفى هذا الباب آثار كثيرة (وتطال أولى) صلاة (الفجر) على الثانية بالاجماع ليدرك الناس الجماعة وينبغى أن يكون التفاوت بقدر الثلث والثلثين استحبابا وان كان فاحشا لابأس به واطالة الثانية على الاولى بثلاث آيات يكره اجماعا وبآية أو آيتين لايكره وأشار بقوله (فقط) الى أنه لاتطال الاولى على الثانية فى غير الفجر بل يسويهما وقال محمد غير الفجر مثل الفجر لانّ المذكور موجود فى الكل ولهما أنهما فى الاستحقاق سواء ولكن تركنا القياس فى الفجر لانه وقت نوم وغفلة (ولم يتعين شئ من القرآن) سوى الفاتحة (لصلاة) لاطلاق الامر هذا اذا لازم فامّا اذا قرأ أحيانا أو تبركا أو تيسرا فلا يكره وقيل الكراهة فيما اذا لم يعتقد بغيرها الجواز أمّا اذا اعتقد بغيرها فلا يكره وبعضهم أثبت هنا خلاف الشافعى وليس بوجه لانّ المراد ان كان تعيين الفاتحة فليس فيه خلاف لانّ تعينها اجماع ولكن الخلاف فى جهة التعيين فعنده بطريق الفرض وعندنا بطريق الوجوب وان كان المراد تعيين غير الفاتحة فكذلك لايتصور الخلاف لانّ الشافعى ماعين غير الفاتحة لشئ من الصلاة على اعتقاد عدم الجواز بغيرها بل تبركا بقراءة النبى عليه الصلاة والسلام كما كان يقرأ غالبا فى الصبح الم تنزيل السجدة وهل أتى على الانسان وفى الجمعة آخر المنافقين والتغابن ونحن أيضا لاننكره هذا على هذا النمط فلم يكن فى الحقيقة خلاف فلا ينبغى أن يكتب ألفا علامة للشافعى رحمه الله ههنا (ولا يقرأ المؤتم) خلف الامام (بل يستمع) الى قراءة الامام وقال مالك يقرأ فى السرية لا فى الجهرية وقال الشافعى وأحمد يقرأ الفاتحة فى الكل لقوله عليه الصلاة والسلام لاصلاة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا وأكثر أهل التفسير على أنّ هذا خطاب للمقتدين وفى حديث أبى هريرة واذا قرئ فأنصتوا قال مسلم هذا الحديث صحيح ثم المقتدى اذا قرأ خلف الامام فى السرية قيل لايكره واليه مال الشيخ الامام أبو حفص وقيل عن محمد لا يكره خلافا لهما (وينصت) المؤتم أى يصغى (وان قرأ) الامام (آية الترغيب) مثل آيات الجنة (أو) آية (الترهيب) أى التخويف مثل آيات النار (أو خطب) الخطيب (أو صلى) فى الخطبة (على النبى) صلى الله عليه وسلم لان سؤال الجنة والتعوذ من النار والصلاة على النبى

صلى

صلى الله عليه وسلم مخل بفرض الاستماع لكن اذا قرأ الخطيب يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا يصلى السامع ويسلم فى نفسه سرا ائتمارا للامر فان قلت أو خطب معطوف على قرأ ظاهرا وهو فاسد من جهة المعنى لانه يقتضى أن يكون الانصات واجبا قبل الخطبة فيصير معنى الكلام يجب عليه الانصات فيها وان قرأ آية الترغيب أو الترهيب أو خطب وأيضا يقتضى أن تكون الخطبة والصلاة على النبى عليه الصلاة والسلام واقعتين فى نفس الصلاة وليس كذلك قلت فاعل قرأ هو الامام وفاعل خطب هو الخطيب وهو فى حالة الخطبة غير امام فيكون هذا العطف عطف جملة على جملة أخرى ولا يلزم ماذكر فافهم (والنائى) أى البعيد عن المنبر بحيث لا يسمع الخطبة (كالقريب) منه على المختار حتى يجب عليه الانصات

هذا (باب) فى بيان أحكام (الامامة)

وهى أفضل من الاذان عندنا وعند الشافعى بالعكس (الجماعة) فى الفرائض (سنة مؤكدة) أى شبيهة بالواجب حتى استدل بملازمتها على وجود الايمان وقيل فريضة فقيل فرض كفاية وقيل فرض عين وبه قال أحمد وأهل الظاهر ومن فاتته جماعة لا يجب عليه الطلب فى مسجد آخر لكن اذا أتى الى مسجد آخر ليصلى مع الجماعة فحسن وذكر القدورى أنه يجمع فى أهله وتسقط بالاعذار كالمرض والاقعاد والزمانة والعمى على الخلاف والفلاجة وذهاب اليد والرجل من خلاف وذهاب الرجلين والسن البالغ والمطر الشديد والبرد الشديد والظلمة الشديدة (والاعلم) أى أعلم الناس أى أكثرهم علما فى الدين والسنة (أحق بالامامة) وعن أبى يوسف أن الاقرأ أولى لقوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة الحديث ولهما حديث عقبة بن عامر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ليؤم القوم أعلمهم بالسنة فان كانوا فى السنة سواء فاقرؤهم لكتاب الله الحديث وانما قدم الاقرأ فى ذلك لانهم كانوا يتعلمون القرآن فى ذلك الوقت بأحكامه كما روى أن عمر رضى الله عنه حفظ سورة البقرة فى اثنتى عشرة سنة فالاقرأ منهم يكون أعلم وفى هذا الزمان بالعكس (ثم الاقرأ) أحق اذا تساووا فى العلم لما روينا (ثم الاورع) أحق اذا تساووا فى القراءة والعلم لقوله عليه السلام اجعلوا أئمتكم خياركم (ثم الاسن) أحق اذا تساووا فى القراءة والعلم والورع لقوله عليه السلام لمالك بن الحويرث ولصاحب له اذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما فان تساووا فى ذلك فأصبحهم وجها فان تساووا فى ذلك فأحسنهم خلقا فان تساووا فأشرفهم نسبا فان تساووا يقرع بينهم فمن خرجت قرعته فهو أولى أو الخيار الى القوم (وكره امامة العبد) لغلبة الجهل عليه باشتغاله بخدمة مولاه (و) امامة (الاعرابى) وهو الذى يسكن البادية سواء كان عربيا أو عجميا للجهل وجهله (و) امامة (الفاسق) لنفرة الناس عنه وقال مالك لا تصح امامته أصلا (و) امامة (المبتدع) أى صاحب الهوى الذى لا يكفر به صاحبه فلا تجوز امامة الرافضى والجهمى والقدرى والمشبهة ومن يقول بخلق القرآن (و) امامة (الاعمى) لانه لا يتوقى النجاسة وفى البدائع اذا كان لا يوازيه غيره فى الفضيلة فى مسجده فهو أولى وقد استخلف النبى صلى الله عليه وسلم ابن أم مكتوم على المدينة (و) امامة (ولد الزنا) لنفرة الناس عنه لكونه متهما وما قيل لانه ليس له أب فيعلمه فيغلب عليه الجهل تعليل بارد (و) كره للامام (تطويل الصلاة) على القوم

لحديث معاذ المشهور (و) كره ايضا (جماعة النساء) لانها لا تخلو عن نوع حرام (فان فعلن) يعنى فان أردن أن يصلين جماعة (تقف الامام) منهن (وسطهن) تحرزا عن زيادة الكشف (كالعراة) جمع عار من الثوب فانهم اذا صلوا بجماعة يقف الامام وسطهم لما ذكرنا (و يقف الواحد عن يمينه) أى عن يمين الامام مساويا له لانه عليه السلام صلى بابن عباس فأقامه عن يمينه وعن محمد أنه يضع أصابعه عند عقب الامام والعبرة لموضع الوقوف لا لموضع السجود حتى لو كان المقتدى أطول منه فوقع سجوده أمام الامام لم يضره وقوله عن يمينه قيد للفضيلة حتى لو صلى فى يساره أو خلفه جاز و يكون مسيأ لمخالفته السنة (و) يقف (الاثنان خلفه) أى خلف الامام وعن أبى يوسف أنه يتوسطهما الا أن ابن مسعود رضى الله عنه صلى بعلقمة والاسود فى بيته وقام وسطهما ولهما أنه عليه السلام صلى بأنس ويتيم فأقامهما خلفه وأم سليم وراءهما وفعل ابن مسعود كان لضيق المقام كذا قال النخعى وهو أعلم الناس بمذهب ابن مسعود والمرأة فى حكم الاصطفاف كالعدم حتى لو كان خلفه رجل واحد وامرأة يقوم الرجل بحذائه كما لو لم يكن معه امرأة (و يصف الرجال ثم) بعدهم يصف (الصبيان ثم) بعدهم يصف (الخناثى ثم) بعدهم يصف (النساء) لقوله عليه السلام ليلنى منكم أولوا الاحلام والنهى و يتفرع على هذا مسئلة المحاذاة فلذلك ذكرها بالفاء حيث يقول (فان حاذته) أى المصلى أنثى (مشتهاة) بان كانت بنت سبع وقيل تسع والاصح أن تكون صالحة للجماع بأن تكون عبلة ضخمة سواء كانت محرما أو أجنبية و ينبغى أن تكون عاقلة فلا تفسد بالمجنونة والمعتبر فى المحاذاة الكعب والساق فى الاصح وبعضهم اعتبر القدم وقوله (فى صلاة) فى محل النصب على الحال أى حال كونهما فى صلاة (مطلقة) أى التى لها ركوع وسجود وان كانا يصليان بالايماء بعد أن تكون مطلقة فى الاصل واحترز بها عن المحاذاة فى صلاة الجنازة فانها غير مفسدة لانها دعاء وأراد بقوله (مشتركة تحريمة) أى من حيث التحريمة بأن يكونا بانيين تحريمتهما على تحريمة الامام (واداء) أى مشتركة أيضا من حيث الاداء بأن يكون لهما امام فيما يؤديان تحقيقا أو تقديرا حتى لو اقتدى رجل وامرأة بامام فأحدثا وتوضيا ثم جاآ وقد صلى الامام فقاما ليقضيا فحاذته فسدت صلاته لوجود الشركة تحريمة من حيث الاداء لانهما بنيا تحريمتهما على تحريمة الامام أداء لان لهما اماما فيما يقضيان تقديرا لانهما التزما الاداء مع الامام فلزمهما الخروج عن عهدة ذلك فيجعل كأنهما خلفه واللاحق مثل المدرك بخلاف المسبوق حتى لو كانا مسبوقين وحاذته فيما يقضيان لا تفسد صلاته لانهما منفردان فيما يقضيان ولهذا يقرآن ولو حاذته فى الطريق وهما لاحقان لا تفسد صلاته فى الاصح لانهما مشتغلان باصلاح الصلاة لا بحقيقتها فانعدمت الشركة أداء وان وجدت تحريمة ولو اقتديا فى الركعة الثالثة ثم أحدثا وذهبا للوضوء ثم حاذته فى القضاء ينظر فان حاذته فى الاولى أو الثانية وهى الثالثة والرابعة للامام تفسد صلاته لوجود الشركة فيهما تقديرا لكونهما لاحقين فيهما وان حاذته فى الثالثة والرابعة لا تفسد لعدم المشاركة فيهما لكونهما مسبوقين وقوله (فى مكان واحد) نصب على الحال أيضا احترز به عما اذا كانا فى مكانين حتى لو كان هو على دكان وهى على الارض والدكان قدر قامة الرجل لا تفسد صلاته لعدم تحقق المحاذاة واحترز بقوله (بلا حائل) بينهما عما اذا كان بينهما حائل وأدناه قدر مؤخرة الرحل لان أدنى الاحوال القعود فقدر أدناه به وغلظه

مثل

مثل غلظ الاصبع والفرجة تقوم مقام الحائل وأدناها قدر ما يقوم فيه الرجل وقوله (فسدت صلاته) جواب فان أى صلاة الرجل دون صلاتها وقوله (ان نوى) الامام (امامتها) اشارة الى شرط آخر وهو أن ينوى الامام امامتها أو امامة النساء وقت الشروع لا بعده لان الفساد يلزمه من جهتها فلا بد من التزامه وقال زفر لا تشترط نية امامتهن فهذه شروط خمسة ذكرها المصنف وبقى ههنا شرطان آخران لم يذكرهما الاول أن تكون المحاذاة فى ركن كامل حتى لو كبرت فى صف وركعت فى صف آخر وسجدت فى ثالث فسدت صلاة من عن يمينها ويسارها وخلفها من كل صف وفى ملتقى البحار يشترط أن تؤدى ركنا محاذية عند محمد وعند أبى يوسف لو وقفت مقدار ركن فسدت وان لم تؤد وفى مختصر بحر المحيط لو حاذته أقل من مقدار ركن فسدت عند أبى يوسف وعند محمد لا يفسد الا مقدار الركن الثانى أن تكون جهتهما متحدة حتى لو اختلفت لا تفسد ولا يتصور ذلك الا فى جوف الكعبة أو فى ليلة مظلمة وصلى كل واحد بالتحرى الى جهة وقالت الثلاثة المحاذاة غير مفسدة أصلا وهو القياس ووجه الاستحسان ما رواه جماعة من أصحابنا فى كتبهم من قوله عليه السلام أخروهن من حيث أخرهن الله فاذا ترك التأخير فقد ترك مكانه فتفسد صلاته كالمقتدى اذا تقدم على امامه فان قلت فروض الصلاة لا تثبت بخبر الواحد قلت ذلك فى الذى ثبت بالكتاب وهذا من فروض الجماعة فيثبت بالسنة فان قلت هذا خبر الواحد فلا تجوز به الزيادة على النص قلت قال صاحب الهداية وغيره انه من المشاهير فتجوز به الزيادة وليت شعرى كيف يكون هذا من المشاهير ولم يثبت كونه حديثا عن النبى عليه السلام وانما هو موقوف على ابن مسعود رضى الله عنه على ما قاله الطبرانى وغيره (ولا يحضرن) أى النساء سواء كن شوابا أو عجائز (الجماعات) لظهور الفساد وعند أبى حنيفة للعجوز أن تخرج فى الفجر والمغرب والعشاء وعندهما يخرجن فى الكل وبه قالت الثلاثة والفتوى اليوم على المنع فى الكل فلذلك أطلق المصنف ويدخل فى قوله الجماعات الجمع والاعياد والاستسقاء ومجالس الوعظ ولا سيما عند الجهال الذين تحلوا بحلية العلماء وقصدهم الشهوات وتحصيل الدنيا (وفسد اقتداء رجل بامرأة) لما روينا (وصبى) لانه متنفل فلم يجز اقتداء المفترض به وقال الشافعى يجوز وقال مشايخ بلخ تصح امامة الصبى فى التراويح والسنن والنوافل والمختار أنه لا يصح فى جميع الصلوات (و) فسد أيضا اقتداء مصل (طاهر بمعذور) مثل من به سلس البول والرعاف الدائم ونحوهما وقال زفر يجوز وبه قال الشافعى ويجوز اقتداء المعذور بالمعذور ان اتحد عذرهما وان اختلف فلا يجوز (و) فسد أيضا اقتداء مصل (قارئ بأمى) وكذا لا يجوز اقتداء أمى بأخرس لان الامى أقوى حالا منه لقدرته على التحريمة وهو منسوب الى أم سمى به لان الشخص حين يولد من أمه لا يعقل شيأ (و) كذا فسد أيضا اقتداء (مكتس بعار) خلافا للشافعى وزفر (و) كذا فسد اقتداء (غير موم) وهو الذى يصلى بركوع وسجود (بموم) وهو الذى يصلى بالايماء وقال الشافعى وزفر يجوز (و) كذا فسد اقتداء (مفترض) وهو الذى يصلى الفرض (بمتنفل) وهو الذى يصلى النفل وقال الشافعى وأحمد يجوز (و) كذا فسد اقتداء مفترض مثلا مصلى الظهر (بمفترض) فرضا (آخر) مثلا بمصلى العصر أو الفائتة وقوله آخر صفة لمحذوف كما قدرناه وليس هو بصفة للمفترض لفساد المعنى وعند الشافعى يجوز والاصل فى هذا ان الاقتداء عنده مجرد المتابعة وعندنا صيرورة صلاته

فى ضمن صلاة الامام صحة وفسادا (لا) يفسد (اقتداء متوضئ بمتيمم) وقال محمد لا يجوز لان التيمم طهارة ضرورية لا يصار اليه الا عند العجز ولهما أنه طهارة مطلقة حتى لا تتقيد بوقت الصلاة (و) لا يفسد أيضا اقتداء (غاسل) رجليه (بماسح) على خفيه لاستواء حالهما وهذا بالاجماع (و) لا يفسد أيضا اقتداء (قائم) وهو الذى يصلى قائما (بقاعد) وهو الذى يصلى قاعدا وقال محمد لا يجوز وبه قال مالك لقوله عليه السلام لا يؤمن أحد بعدى جالسا ولهما ما ثبت فى الصحيح من اقتداء أبى بكر رضى الله عنه بالنبى عليه السلام وهو قاعد فى مرضه الذى مات فيه وأبو بكر والقوم قائمون وما رواه ضعفه أبو عمر بن عبد البر (و) لا يفسد اقتداء قائم أيضا (بأحدب) فى الاصح وفى الفتاوى الظهيرية لا تصح امامة الاحدب للقائم وذكر التمرتاشى أن حدبه اذا بلغ حد الركوع على الخلاف فيجوز عندهما خلافا لمحمد (و) لا يفسد أيضا اقتداء (موم بمثله) المومى سواء كان الامام قائما أو قاعدا لاستواء حالهما وان كان مضطجعا والمؤتم قاعدا أو قائما لا يجوز (و) لا يفسد أيضا اقتداء (متنفل بمفترض) لان الفرض أقوى (وان ظهر أن امامه محدث أعاد) صلاته خلافا للشافعى على ما ذكرنا وكذا الخلاف فى الجنب والذى فى ثوبه أو بدنه نجاسة (وان اقتدى أمى وقارئ بامى أو استخلف) القارئ الذى أحدث فى صلاته رجلا (أميا فى) الركعتين (الاخريين فسدت صلاتهم) أى صلاة الجميع الاولى فيها خلاف لابى يوسف ومحمد فانهما قالا صلاة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور أم معذورين وغيرهم وله أن الامام قدر على صلاة بقراءة فلم يقرأ فتفسد صلاته وذلك لانه وجد قارئا يصلى الثانية فيها خلاف أبى يوسف وزفر فانهما قالا لا تفسد صلاتهم لاداء فرض القراءة ولابى حنيفة ومحمد أنه استخلف من لا يصلح اماما كما لو استخلف صبيا أو امرأة

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الحدث فى الصلاة) *

(من سبقه الحدث) وهو فى الصلاة ذهب على الفور و (توضأ وبنى) على صلاته وقال الشافعى يستقبل وهو القياس ولكن تركناه للاثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام من قاء أو رعف أو أمذى فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم وهو مذهب الخلفاء الراشدين وكلمة من تتناول الامام والمنفرد والمقتدى والاولى للمنفرد ان يستقبل وللمقتدى ان يبنى احرازا لفضيلة الجماعة فالمنفرد بعد الوضوء يتخير بين اتمام صلاته فى بيته وبين رجوعه الى مصلاه وهو أفضل والمقتدى يعود الى مكانه ان لم يفرغ امامه من الصلاة ولو أتم بقية صلاته فى بيته لم يجز الا أن يكون بيته بحذاء المسجد بحيث لو اقتدى به صح اقتداؤه وان كان امامه قد فرغ يتخير ومن شرط البناء أن يكون الحدث سماويا حتى لو أصابته شجة أو عضة زنبور فسال منه دم لا يبنى خلافا لابى يوسف ولو وقعت طوبة من سطح أو سفرجلة من شجرة أو تعثر بشئ موضوع فى المسجد فأدمى قيل يبنى وقيل على الخلاف ولو عطس فسبقه الحدث من عطاسه أو تنحنح فخرجت منه ريح بقوته قيل يبنى وقيل لا (واستخلف لو) كان الذى سبقه حدث (اماما) بأن يتأخر محدودبا واضعا يده على أنفه يوهم انه قد رعف فينقطع عنه الظنون ويقدم من الصف الذى يليه ولا يستخلف بالكلام بل بالاشارة ولو تكلم بطلت صلاتهم خلافا لمالك وله أن يستخلف ما لم يجاوز الصفوف فى الصحراء

وفى

وفى المسجد مالم يخرج منه ولو لم يستخلف حتى جاوز الكل بطلت صلاة القوم وفى صلاة الامام روايتان (كما لو حصر) أى عيى بفتح الفاء وكسر العين على البناء للفاعل من الحصر بفتحتين (عن القراءة) فى الصلاة فاستخلف أحدا جاز عند أبى حنيفة خلافا لهما هذا اذا لم يقرأ قدر ما تجوز به الصلاة فان قرأ عليه ان يركع ولم يجز الاستخلاف اجماعا وكذا اذا نسى القرآن وصار أميا فاستخلافه لا يجوز اجماعا (وان خرج) المصلى (من المسجد بظن الحدث) بأن ظن انه أحدث ثم علم انه لم يحدث (أو جن) فى صلاته (أو) نام و(احتلم او اغمى عليه استقبل) الصلاة فى هذه الصور كلها اما فى الخروج فلانه عمل كثير من غير ضرورة حتى لو لم يخرج من المسجد يصلى ما بقى من صلاته وعن محمد يستقبل أيضا ومكان الصفوف فى الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه ولم يكن ثم سترة يعتبر قدر الصفوف خلفه فان كان بين يديه سترة فالحد السترة وعن محمد انه يعتبر فيه قدر الصفوف خلفه كما اذا لم يكن ثمة سترة وان استخلف تبطل صلاته وان لم يجاوز الحد المذكور وقيل هذا قولهما وعند أبى حنيفة لا تفسد وهو اختيار أبى نصر (وان سبقه) أى المصلى (حدث بعد) ما قعد قدر (التشهد توضأ وسلم) لانه لم يبق عليه الا السلام فيأتى به وعند الشافعى تفسد صلاته (وان تعمده) أى الحدث بعد التشهد (او تكلم تمت صلاته) لتعذر البناء بسبب القاطع ولم يبق عليه شئ من الاركان وانما بقى الخروج بفعله عنده وقد وجد وفيه خلاف الشافعى أيضا (وبطلت) الصلاة (ان رأى متيمم ماء) وقدر على استعماله وهذه الى آخره المسائل الملقبة بالاثنى عشرية الاولى رؤية المتيمم الماء بعد ما قعد قدر التشهد قال الشارح وتقييده بالمتيمم لبطلان الصلاة عند رؤية الماء لا يفيد لانه لو كان متوضئا يصلى خلف متيمم فرأى المؤتم الماء بطلت صلاته وصلاة الامام تامة لعدم قدرته ولو قال وبطلت ان رأى متيمم أو المقتدى به ماء لشمل الكل قلت المصنف تبع فى ذلك صاحب الهداية وغيره واما مسئلة المقتدى بالمتيمم اذا رأى ماء ففيها خلاف زفر وليس فيها خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه وعند الشافعى المتيمم اذا رأى الماء فى صلاته ان كان فى السفر فلا تبطل صلاته قولا واحدا وان كان فى الحضر فقولان الثانية قوله (او تمت مدة مسحه) سواء كان مقيما أو مسافرا بشرط أن يكون واجدا للماء والا لا تبطل وقيل تبطل الثالثة قوله (او نزع خفيه بعمل يسير) لا تساعه قيد به لانه اذا احتاج الى معالجته تمت صلاته بالاجماع الرابعة قوله (او تعلم امى سورة) وكان قد صلاها بغير قراءة فتعلم ما تجوز به الصلاة اما بالتذكر أو بمجرد السماع حتى لو تعلم حقيقة تمت صلاته لوجود صنعه وقوله سورة وقع اتفاقا أو هو على قولهما واما عند أبى حنيفة فالآية تكفى هذا اذا كان اماما أو منفردا واما اذا كان يصلى خلف قارئ فقد قيل لا تبطل صلاته وعند العامة تبطل الخامسة قوله (او وجد عار ثوبا) تجوز فيه الصلاة بأن لم يكن فيه نجاسة مانعة أو كانت وعنده ما يزيلها أو لم يكن ولكن ربعه أو أكثر منه طاهر السادسة قوله (او قدر موم) على الركوع والسجود السابعة قوله (او تذكر) صلاة (فائتة) عليه ولم يسقط الترتيب بعد الثامنة قوله (او استخلف أميا) بعد ما أحدث وذكر الفقيه أبو جعفر انها لا تفسد فى هذه لان الاستخلاف فى نفسه عمل كثير التاسعة قوله (او طلعت الشمس فى) صلاة (الفجر) بعد ما قعد قدر التشهد العاشرة قوله (أو دخل وقت) صلاة (العصر فى) صلاة (الجمعة) بعد ما قعد قدر التشهد الحادية عشرة

قوله (أو سقطت جبيرة عن برء) وكلمة عن للتعليل الثانية عشرة قوله (أو زال عذر المعذور) بأن توضأت المستحاضة مع السيلان وشرعت في الظهر وقعدت قدر التشهد فانقطع الدم ودام الانقطاع الى غروب الشمس تعيد الظهر عنده خلافا لهما وبطلان الصلاة في هذه الصور كلها هو قول أبي حنيفة والاصل فيها افتراض الخروج منها بصنعه عنده خلافا لهما وقيل بل استواء أولها وآخرها في وجود المغير (وصح استخلاف) الامام الذي سبقه الحدث (المسبوق) بركعة أو أكثر (فلو أتم) المسبوق الذي هو الخليفة (صلاة الامام تفسد بالمنافي) كالضحك والكلام والخروج من المسجد (صلاته) أي صلاة المسبوق لان المفسد وجد في خلال صلاته (دون) صلاة (القوم) لانه وجد بعد تمام أركانها في حقهم وقال أبو يوسف تفسد صلاة القوم أيضا والامام الاول ان فرغ لا تفسد صلاته وان لم يفرغ تفسد وقيل لا والاول أصح لانه لما استخلفه صار مقتديا به فتفسد صلاته بفساد صلاته ولهذا لو صلى ما بقي من صلاته في منزله قبل فراغ هذا المستخلف تفسد صلاته لان انفراده قبل فراغ الامام لا يجوز (كما تفسد) صلاة المسبوق (بقهقهة امامه لدى) أي عند (اختتامه) عند أبي حنيفة وقالا لا تفسد لان العارض لم يؤثر في صلاة الامام مع انه صدر منه فلأن لا يؤثر في فساد صلاة المسبوق ولم يصدر منه أولى وله أنه مفسد للجزء الذي يلاقيه من صلاة الامام فيفسد في المقتدي مثله الا ان الامام لا يحتاج الى البناء لانتهاء الاركان ففساد ذلك الجزء لا يضره والمسبوق يحتاج الى البناء ففساد ذلك الجزء يمنعه من بناء ما بقي عليه لان البناء على الفاسد فاسد فلزمه الاستقبال وعلى هذا الخلاف الحدث العمد (لا) تفسد صلاة المسبوق (بخروجه) أي بخروج الامام (من المسجد وكلامه) بعد ما قعد في آخر الصلاة اجماعا لان الكلام والخروج من المسجد قاطع لا مفسد (ولو أحدث) المصلي (في ركوعه أو سجوده توضأ وبنى) على صلاته وعند الشافعي يستقبل (وأعادهما) أي الركوع والسجود اللذين أحدث فيهما لان الانتقال من ركن الى ركن بالطهارة شرط ولم يوجد ولو لم يعدهما تفسد صلاته (ولو ذكر) المصلي حال كونه (راكعا أو) حال كونه (ساجدا) ان عليه (سجدة) صلبية فانحط من ركوعه من غير أن يرفع رأسه أو رفع رأسه من السجود (فسجدها لم يعدهما) أي الركوع والسجود الذي كان فيه لان الترتيب في أفعال الصلاة ليس بشرط وقد حصل الانتقال بالطهارة وقال زفر والشافعي عليه الاعادة وعند أبي يوسف انه تلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده (وتعين المأموم الواحد للاستخلاف) أي لاستخلاف الامام الذي وراءه واحد عند الحدث (بلا نية) من الامام لعدم المزاحم فاذا توضأ الامام دخل معه في صلاته لتحول الامامة اليه ولو كان خلفه صبي أو امرأة فسدت صلاته وصلاة من خلفه كما لو استخلف محدثا والاصح انه تفسد صلاة المقتدي دون الامام

* هذا (باب) في بيان (ما يفسد الصلاة وما يكره فيها) *

الفساد يرجع الى ذات الصلاة والكراهة الى وصفها (يفسد الصلاة) أية صلاة كانت (التكلم) قليلا كان أو كثيرا عامدا كان أو ناسيا أو ساهيا وقال الشافعي رضي الله عنه كلام الناسي والمخطئ لا يبطلها الا اذا طال ويعرف الطول بالعرف وبه قال مالك وأحمد وعن مالك العمد أيضا لا يبطلها اذا كان لاصلاح الصلاة ولنا ما في آخر حديث ابن مسعود وأنه قد أحدث

عليكم من أمره أن لا تتكلموا في الصلاة ولا يصح الاستدلال بحديث ذي اليدين لانه منسوخ (و) يفسدها أيضا (الدعاء بما يشبه كلامنا) كقوله اللهم ألبسني ثوبا اللهم زوجني فلانة وعند الشافعي لا يفسد وقد مر (و) يفسدها أيضا (الانين) وهو الصوت الحاصل عن قوله آه (والتأوه) وهو أن يقول أوّاه (و) يفسدها أيضا (ارتفاع بكائه من وجع) في بدنه (أو مصيبة) أصابته في النفس أو المال لان فيها اظهار التأسف والجزع (لا) يفسدها هذه الاشياء اذا كانت (من) أجل (ذكر جنة أو) أجل ذكر (نار) لانها تدل على الخشوع وهو المقصود في الصلاة وعن أبي يوسف أن هذا التفصيل فيما اذا كان على أكثر من حرفين أو على حرفين أصليين أما اذا كان على حرفين من حروف الزيادة وهو اليوم تنساه أو أحدهما منها والآخر أصلي لا تفسد في الوجهين وقال الشافعي الانين والبكاء والتأوه يقطع مطلقا من غير تفصيل اذا حصل منه حرفان (و) يفسدها أيضا (التنحنح بلا عذر) بأن لم يكن لاجتماع البزاق في حلقه بل كان لتحسين الصوت فظهر به حروف نحو أح بالفتح والضم وان كان لعذر لا يفسد كالعطاس وان حصلت به حروف وكذا لو تنحنح المقتدي لخطا الامام وعن أبي يوسف لا يفسد بقوله أخ وأف ولو نفخ فيها فان كان مسموعا تبطل والا فلا (و) يفسدها أيضا (جواب عاطس بيرحمك الله) لانه يجري في مخاطبات الناس بخلاف ما اذا قال العاطس في نفسه أو السامع الحمد لله وكذا اذا قال لنفسه يرحمك الله (و) يفسدها أيضا (فتحه) أي فتح المقتدي (على غير امامه) عند الحصر لانه يقع جوابا بخلاف ما اذا فتح على امامه استحسانا وقيل ان قرأ قدر ما تجوز به الصلاة تفسد لانه لا ضرورة اليه وقيل ان انتقل الى آية أخرى ففتح عليه تفسد صلاة الفاتح وكذا صلاة الامام ان أخذ بقوله ثم ان الفاتح ينوي الفتح على امامه دون القراءة ولا يستعجل به والامام أيضا لا يلجئهم بل يركع اذا قرأ قدر الفرض والا انتقل الى آية أخرى (و) يفسدها أيضا (الجواب بلا اله الا الله) بأن قيل بين يديه أمع الله اله آخر فقال لا اله الا الله يريد به جوابه وعند أبي يوسف لا تفسد لانه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته وعلى هذا الخلاف التحميد حين قيل له فلان قدم من سفره والتسبيح بأن وصف الله تعالى بما لا يليق به والاسترجاع على هذا في الاصح وقيل انه يفسد اتفاقا وان أراد اعلامه انه في الصلاة لا تفسد اتفاقا (و) يفسدها أيضا (السلام ورده) لانه كلام الناس وكذا لو صافح بنية السلام ولو أشار بيده به السلام لا تفسد وكذا لو أشار برأسه أو بيده بنعم أو بلا (و) يفسدها أيضا (افتتاح العصر أو) افتتاح (التطوع) صورته كان يصلي الظهر مثلا فافتتح العصر أو التطوع بتكبيرة جديدة فان صلاة الظهر تفسد لانه صح شروعه في غير ما هو فيه وهو التطوع فيما اذا نواه أو نوى العصر وكان صاحب ترتيب أو في العصر ان لم يكن صاحب الترتيب بأن سقط بكثرة الفوائت أو بضيق الوقت فيخرج عما هو فيه ضرورة وكذا لو كان يصلي التطوع فافتتح الفرض أو كان يصلي الجمعة فافتتح الظهر أو بالعكس خرج عما هو فيه (لا) يفسدها افتتاح (الظهر) صورته صلى ركعة من الظهر مثلا ثم افتتح الظهر فهي هي ويبنى على ما كان عليه حتى يجتزي بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته الا اذا كبر ينوي امامة النساء أو الاقتداء بالامام أو كان مقتديا فكبر ينوي الانفراد فحينئذ يصير شارعا فيما كبر له ويبطل ما مضى من صلاته للتغاير هذا اذا نوى بقلبه حتى لو قال نويت أن أصلي الظهر بطل الظهر

ولا يجتزى بتلك الركعة وقوله (بعد ركعة الظهر) ظرف للشيئين وهما قوله افتتاح العصر أو التطوع وقوله لا الظهر وتقدير الكلام وافتتاح العصر أو التطوع بعد ركعة الظهر لا افتتاح الظهر بعد ركعة الظهر فافهم (و) يفسدها أيضا (قراءته) أى قراءة المصلى (من مصحف) عند أبى حنيفة وقالا لا تفسد لان النظر اليه عبادة ولكنه يكره لانه تشبه بأهل الكتاب وله ان حمل المصحف وتقليب الاوراق والنظر فيه عمل كثير فعلى هذا لو كان موضوعا بين يديه وهو لا يحمل ولا يقلب أو قرأ المكتوب فى المحراب لا تفسد وعلل بعضهم بأن التلقن من المصحف تعلم ليس من أعمال الصلاة وهذا يوجب التسوية بين المحمول وغيره فيفسد بكل حال وهو الصحيح ولا فرق بين ما اذا قرأ قليلا أو كثيرا وقيل اذا قرأ آية تفسد والا فلا (و) يفسدها أيضا (أكله) أى أكل المصلى (وشربه) لانه عمل كثير وان كان ناسيا بخلاف الصوم ولو أكل ما بين اسنانه لا تفسد لانه لا يمكن الاحتراز عنه ولهذا لا يبطل به الصوم الا اذا كان كثيرا كما فى الصوم والفاصل قدر الحمصة (ولو نظر) المصلى (الى مكتوب) بين يديه أو على الحائط (وفهمه) وفيه خلاف محمد اذا كان المكتوب غير قرآن وفهمه (أو أكل) المصلى (ما بين اسنانه) ما دون الحمصة على ما ذكرنا (أو مر مار فى موضع سجوده) أى سجود المصلى (لا تفسد) صلاته فى هذه الوجوه (وان أثم) أى المار لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدى المصلى ماذا عليه لوقف ولو أربعين و لم يقدر بيوم أو شهر أو سنة وتكلموا فى الموضع الذى يكره فيه والاصح انه موضع صلاته وهو من قدمه الى موضع سجوده وقيل بقدر الصفين وان كان يصلى على الدكان فان كان قدر قامة الرجل لا بأس به وان كان أقل كره هذا فى الصحراء فان كان فى المسجد فان كان بينهما حائل كانسان أو اسطوانة لا يكره وان لم يكن والمسجد صغير كره فى أى مكان كان والمسجد الكبير كالصحراء وقيل كالصغير (وكره عبثه) اى عبث المصلى (بثوبه وبدنه) لورود النهى (و) كره ايضا (قلب الحصى) عن مكان السجود (الا) قلبه (للسجود) بأن كان الحصى ما مكنه منه (مرة) واحدة لما روى أبو ذر عن سيد البشر فى تسوية الحجر يا أبا ذر مرة أو ذر (و) يكره أيضا (فرقعة الاصابع) وهى تنقيضها وكذا يكره تشبيكها (و) يكره أيضا (التخصر) وهو وضع اليد على الخاصرة وقيل هو التوكؤ على المخصرة وهى العصا أو السوط وقيل هو أن يختصر السورة فيقرأ آخرها وقيل أن لا يتم فى ركوعها وسجودها والصحيح هو الاول الذى قاله الجمهور من أهل اللغة والحديث والفقه (و) يكره أيضا (الالتفات) بأن يلوى عنقه حتى يخرج وجهه من جهة القبلة فلو نظر بمؤخر عينه يمنة أو يسرة من غير أن يلوى عنقه لا يكره وفى الغاية لا يكره اذا كان لحاجة (و) يكره أيضا (الاقعاء) وهو أن يضع اليتيه على الارض و ينصب ركبتيه و يضمهما الى صدره و يضع يديه على الارض كذا قاله الطحاوى وقال الكرخى هو أن ينصب قدميه و يقعد على عقبيه واضعا يديه على الارض والاول أصح لانه أشبه باقعاء الكلب (و) يكره أيضا (افتراش ذراعيه) وهو بسطهما فى حالة السجود (و) يكره أيضا (رد السلام بيده) أى بالاشارة لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية السلام تفسد صلاته (و) يكره أيضا (التربع بلا عذر) لانه ينافى الخشوع ولانه يخالف سنة القعود وما قيل انه من أفعال الجبابرة فلهذا كره ضعيف لانه عليه السلام كان يتربع فى جلوسه فى بعض أحواله وعامة جلوس عمر رضى الله عنه فى مسجد رسول الله صلى الله

عليه

عليه وسلم كان تربعا (و) يكره أيضا (عقص شعره) بأن يصلي وهو معقوص الشعر لورود النهي
عن ذلك حتى لو عقصه في الصلاة تفسد صلاته لانه عمل كثير والعقص أن يجمع الشعر على
هامته ويشده بخرقة أو خيط أو يصمغ ليتلبد وقيل أن يلف ذوائبه حول رأسه كما تفعله النساء
(و) يكره أيضا (كف ثوبه) وهو رفعه من بين يديه أو من خلفه عند السجود كما يفعله ترك هذا
الزمان لانه نوع تجبر (و) يكره أيضا (سدله) للنهي وهي أن يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل
أطرافه من جوانبه ومنه أن يجعل القباء على كتفيه ولم يدخل يديه ويكره الصماء أيضا وهو أن
يشتمل بثوبه فيجلل به جسده كله من رأسه الى قدميه ولا يرفع جانبا يخرج منه يده كالصخرة
الصماء ويكره أيضا الاعتجار وهو أن يكور عمامته ويترك وسط رأسه مكشوفا والتلثم وهو
تغطية الانف والفم (و) يكره أيضا (التثاؤب) لانه من الكسل والامتلاء فان غلبه فليكظم
ما استطاع فان غلبه وضع يده أو كمه على فيه بذلك ورد الحديث ويكره التمطي أيضا (و) يكره
أيضا (تغميض عينيه) لورود النهي (و) يكره أيضا (قيام الامام) في الطاق وهو المحراب لما فيه
من التشبه بأهل الكتاب (لا) يكره (سجوده في الطاق) اذا كان قائما خارج المحراب والمعتبر هو
القدم كما في اقتداء الطويل وقد ذكرناه (و) يكره أيضا (انفراد الامام على الدكان) وهو الموضع
المرتفع قدر القامة وقيل قدر الذراع وهو الصحيح ولا بأس بما دونها (و) يكره أيضا (العكس)
وهو انفراد القوم على الدكان لما فيه من الازدراء بالامام وعن الطحاوي لا يكره واذا كان مع
الامام بعض القوم لا يكره في الصحيح (و) يكره أيضا (لبس ثوب فيه تصاوير) لانه يشبه حامل
الصنم (و) كذا يكره (أن يكون فوق رأسه) أي رأس المصلي (او بين يديه أو بحذائه صورة) لانه
يشبه عبادتها فيكره وان كانت مؤخر الظهر لا يكره وأطلق الكراهة في الجامع الصغير (الا أن
تكون) الصورة (صغيرة) لا تبدو للناظر اليها لان الكراهة باعتبار العبادة والصغيرة لا تعبد
عادة (أو) تكون (مقطوعة الرأس) أي ممحوها بخيط خيط عليه حتى لم يبق للرأس أثر أو أطلي
بمغرة ونحوها أو نحت بحديدة لانها لا تعبد بدون الرأس ولهذا لو صلى الى تنور أو كانون فيه نار
كره لانه يشبه عبادتها والى قنديل أو شمع أو سراج لا لعدم التشبه ولا اعتبار بالخيط ما بين الرأس
والجسد لان من الطيور ما هو مطوق ولا بازالة الحاجبين أو العينين (أو) تكون الصورة
(لغير ذي روح) مثل صورة نخل او غيرها من الاشجار لانها لا تعبد عادة (و) يكره أيضا (عد الآي)
جمع آية القرآن (و) عد (التسبيح) في الصلاة عند أبي حنيفة لانه ليس من أعمالها وقالا لا بأس
به في الفرائض والنوافل وقيل محمد مع أبي حنيفة وقيل لا خلاف في التطوع وقيل الخلاف في
النوافل وفي الفرض يكره اتفاقا ولا يكره خارج الصلاة وقيل هو بدعة والاول أصح (لا) يكره
(قتل الحية والعقرب) في الصلاة لحديث أبي هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام أمر بقتل
الاسودين في الصلاة الحية والعقرب والامر للاباحة لانه منفعة لنا وباطلاقه يدل على اباحة
قتل الحيات كلها الجنية وهي أن تكون بيضاء تمشي مستوية وغير الجنية وهي أن تكون
سوداء وقيل لا يحل قتل الجنية لقوله عليه السلام اياكم والحية البيضاء فانها من الجن والاولى
الانذار فيقال لها ارجعي باذن الله أو خلي طريق المسلمين فان أبت قتلها ولكن هذا لا يكون
الا خارج الصلاة ثم قيل انما تقتل اذا أمكن بفعل يسير كضربة حتى اذا قتلها بضربات

يستقبل صلاته والاظهر ان الكل سواء لانه عمل رخص فيه فيستوى القليل والكثير وقالوا انما يباح قتلهما اذا مر ابين يديه وخاف الاذى منهما فان لم يخف يكره وهو قول النخعى ومالك ورواية الحسن عن أبى حنيفة (و) لا تكره (الصلاة) أيضا (الى ظهر قاعد يتحدث) لان ابن عمر رضى الله عنهما كان يفعل كذلك فى الصحراء وقيل يكره كما لو صلى الى وجهه لانه تعظيم له (و) كذا لا يكره (الى مصحف) معلق (او سيف معلق) لان المرء لا يعبدهما وقيل يكره الا أن يكون المصحف موضوعا على الارض (او) الى (شمع او سراج) لانهما لا يعبدان (و) كذا لا يكره (على بساط فيه تصاوير) لانه اهانة وليس بتعظيم (ان لم يسجد عليها) لان السجود عليها تشبه بعبدة الاوثان وأطلق الكراهة فى الاصل ولو كانت على وسادة ملقاة لا يكره بخلاف ما اذا كانت منصوبة أو كانت على الستر

هذا (فصل) فى مسائل أخر تتعلق بباب الكراهة (كره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء) بالمد وهو بيت الماء (و) كره أيضا (استدبارها) أى استدبار القبلة لورود النهى بذلك وفى رواية لا يكره الاستدبار وقال الشافعى لا يكره استقبال القبلة فى البنيان وبه قال مالك وأحمد (و) كذا يكره (غلق باب المسجد) لانه يشبه المنع من الصلوات وفى هذا الزمان لا يكره لكثرة اللصوص وعليه الفتوى (و) كذا يكره (الوطء فوقه) أى فوق المسجد لان سطحه مسجد ولهذا يصح الاقتداء منه بمن فيه (و) كذا يكره (البول والتخلى) فوق المسجد لما قلنا (لا) يكره الوطء والبول والتخلى (فوق بيت فيه مسجد) أعد للصلاة بأن كان له محراب وهو ليس بمسجد حقيقة حتى يجوز له بيعه فلم يكن له حرمة المساجد واختلف فى مصلى العيد والجنائز والاصح انه لا يدخل فى حكم المسجد (ولا) يكره أيضا (نقشه) أى نقش المسجد (بالجص) بالكسر والفتح وهو تعريب كج والعرب تسميه القصة ومنه جصص البناء اذا طلى به (وماء الذهب) والفضة واللازورد ونحوها من الالوان لان فى ذلك تعظيم بيت الله تعالى ألا يرى ان عمر رضى الله عنه كسا الكعبة وبنى داود عليه السلام بيت المقدس من الرخام والمرمر ووضع على قبته كبريتا أحمر يضىء اثنى عشر ميلا ولكن الاولى غيره وهو الصرف الى المساكين هذا اذا فعل من مال نفسه وأما الناظر اذا فعل ذلك من مال الوقف يكون حراما ويضمن الا اذا اجتمعت أموال المسجد وخاف عليها من الظلمة فلا بأس به حينئذ

هذا (باب) فى بيان أحكام (الوتر والنوافل)

وهى جمع نافلة وهى فى اللغة الزيادة وفى الشرع ما زاد على الفرائض هو نفل (الوتر واجب) عند أبى حنيفة اعتقادا وفرض عملا وسنة سببا وقالا سنة مؤكدة وبه قالت الثلاثة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا أذان له ولا اقامة وغير ذلك وله قوله عليه السلام الوتر حق على كل مسلم رواه أبو داود وقال الحاكم هو على شرط البخارى وقوله عليه السلام اجعلوا آخر صلاتكم من الليل وترا اتفقا عليه والامر وكلمة على للوجوب وقد ظهر فيه آثار الوجوب حيث يقضى ولا يؤدى على الراحلة من غير عذر ولا يجوز بدون نية الوتر وانما لا يكفر جاحده لانه ثبت بأخبار آحاد فلا يعرى عن شبهة ويؤدى فى وقت العشاء فيكتفى باذانه واقامته (وهو) أى الوتر (ثلاث ركعات بتسليمة) واحدة كالمغرب وقال الشافعى ركعة واحدة أو ثلاث

بقعدة فى قول وثلاث بتسليمتين فى قول وفى قول كمذهبنا لكن من غير قنوت فى جميع السنة
الا فى النصف الاخير من رمضان وفى قول خمس الى ثلاث عشرة وانا ما روى عن أبى رضى الله
عنه انه عليه السلام كان يوتر بثلاث ركعات الحديث وحكى الحسن البصرى اجماع السلف
على الثلاث (ويقنت فى) الركعة (الثالثة قبل الركوع) لما فى حديث أبى رضى الله عنه
ويقنت قبل الركوع وقال الشافعى لاقنوت فى الوتر كما ذكرنا ونبه بقوله (ابدا) على انه فى جميع
السنة وعند الشافعى فى النصف الاخير من رمضان كما بينا وأشار الى كيفيته بقوله (بعد ان
كبر) رافعا يديه (و) بعد ان (قرأ فى كل ركعة منه) أى من الوتر (فاتحة) الكتاب (وسورة)
معها ولا تتعين سورة فان قرأ فى الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفى الثانية قل يا أيها الكافرون
وفى الثالثة قل هو الله أحد كان حسنا لانه عليه السلام كان يقرؤها فى وتره (ولا يقنت لغيره)
أى لغير الوتر وقال الشافعى وأحمد يقنت فى صلاة الفجر فى الركعة الثانية بعد الركوع لحديث
أنس رضى الله عنه انه عليه السلام كان يقنت فى الفجر الى أن فارق الدنيا ولنا ما رواه البخارى
ومسلم انه عليه السلام قنت شهرا يدعو على قوم من العرب ثم تركه والترك دليل النسخ (ويتبع
المؤتم) أى المقتدى الامام (قانت الوتر) فى قنوته ويخفى هو والقوم لانه دعاء وقيل يجهر الامام
وقيل عند محمد يقنت الامام دون المؤتم والصحيح الاول (لا) يتبع المؤتم الامام القانت فى
(الفجر) عندهما وقال أبو يوسف يتابعه لانه تبع للامام والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ
فلا متابعة فيه فاذا لم يتابعه قيل يقف قائما الى ان يفرغ وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة والاول
أظهر وذلت المسئلة على جواز اقتداء الحنفى بالشافعى لا كما قيل ان رفع اليدين عند الركوع
وعند الرفع منه عمل كثير يفسد الصلاة لان حد العمل الكثير لا يصدق عليه ويقال انما يجوز
اقتداء الحنفى بالشافعى اذا كان يحتاط فى موضع الخلاف بأن كان يجدد الوضوء من الحجامة
والفصد ويغسل ثوبه من المنى ولا يكون شاكا فى ايمانه بالاستثناء ولا منحرفا عن القبلة ولا يقطع
وتره قلت هذا عجيب من هذا القائل لان الشافعى أيضا يقول بمثله فى حق الحنفى فيقول
لا يجوز اقتداء الشافعى بالحنفى الا اذا كان يحتاط فى موضع الخلاف بأن كان يجدد الوضوء
من مس الذكر ولمس المرأة ويغسل ثوبه من النجاسة القليلة ولا يترك قراءة الفاتحة ولا الجهر
بالبسملة ولا يترك الطمأنينة فى الركوع والسجود ولا يترك الصلاة على النبى صلى الله عليه
وسلم فى الصلاة لا اصابة لفظ السلام ونحو ذلك والطريق فى هذا ان يقال يجوز اقتداء الحنفى
بالشافعى والشافعى بالحنفى وكذا بالمالكى والحنبلى ما لم يتحقق من امامه ما يفسد صلاته فى
اعتقاده (والسنة) المؤكدة (قبل) صلاة (الفجر وبعد) صلاة (الظهر و) بعد صلاة (المغرب
و) بعد صلاة (العشاء ركعتان وقبل) صلاة (الظهر و) قبل صلاة (الجمعة وبعدها) أى بعد الجمعة
(اربع) ركعات لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت كان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى
قبل الظهر أربعا وبعدها ركعتين وبعد المغرب ثنتين وبعد العشاء ركعتين وقبل الفجر ركعتين
رواه مسلم وأبو داود وعن أبى هريرة انه عليه السلام قال من كان منكم مصليا بعد الجمعة
فليصل أربعا رواه مسلم والاربع بتسليمة واحدة عندنا وقال الشافعى بتسليمتين وقال أبو يوسف
يصلى بعد الاربع ركعتين أيضا كذا نقل عن على رضى الله عنه (وندب) أى استحب (الاربع

قبل) صلاة (العصر و) قبل صلاة (العشاء وبعده) أي بعد العشاء لما روي عن علي رضي
الله عنه انه عليه السلام كان يصلي قبل العصر أربع ركعات وجعله في الاصل حسنا وخيره محمد
بين الاربع والركعتين لاختلاف الآثار وأما الاربع قبل العشاء فليست بسنة لعدم المواظبة
فكانت مستحبة فلهذا خير محمد بين الاربع والركعتين والاربع أفضل لانه أكثر ثوابا وقيل
الاربع قول أبي حنيفة والركعتان قولهما وكذلك الكلام في الاربع التي بعده (و) ندب
(الست) أي ست ركعات (بعد) صلاة (المغرب) لما روى ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه
السلام قال من صلى بعد المغرب ست ركعات كتب من الاوابين وتلا قوله تعالى انه كان للاوابين
غفورا (وكره الزيادة) في العدد (على اربع) ركعات (بتسليمة) واحدة (في نفل النهار و) كره
الزيادة (على ثمان) ركعات (ليلا) أي في الليل لانه عليه السلام لم يزد عليه وقال أبو يوسف
ومحمد لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة (والافضل فيهما) أي في الليل والنهار (رباع) أي أربعة
اربعة وهو غير منصرف للوصف والعدل لانه معدول عن أربعة أربعة كثلاث معدول عن
ثلاثة ثلاثة وهذا قول أبي حنيفة وقالا الافضل في الليل مثنى مثنى وفي النهار أربع أربع وقال
الشافعي فيهما مثنى مثنى لحديث البارقي عن ابن عمر انه عليه السلام قال صلاة الليل والنهار
مثنى مثنى ولهما ماروي عن ابن عمر انه عليه السلام قال صلاة الليل مثنى مثنى وله ماروت عائشة
رضي الله عنها انه عليه السلام كان يصلي بالليل أربع ركعات الحديث رواه البخاري ومسلم
وماروي عنها انها قالت انه عليه السلام كان يصلي الضحى أربعا ولا يفصل بينهن بسلام وحديث
البارقي لم يثبت ولئن ثبت فمعناه شفع لا وتر (وطول القيام) في الصلاة (احب من كثرة السجود)
لقوله عليه السلام افضل الصلاة طول القنوت أي القيام وبطول القيام تكثر القراءة وبكثرة
السجود يكثر التسبيح والقراءة أفضل منه (والقراءة فرض في ركعتي) الصلاة (الفرض) وقال
الشافعي في كل الركعات وقال مالك في ثلاث ركعات وقال زفر والحسن البصري في ركعة
واحدة وقال أبو بكر الاصم وسفيان بن عيينة ليست بفرض أصلا وليس بصحيح لورود الامر وهو
لا يقتضي التكرار ولكن أوجبنا في الثانية بدلالة النص لانهما تشاكلان من كل وجه
والشفع الثاني لا يشاكل الاول فلم يلحق به وروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما اقرأ في
الاوليين وسبح في الاخريين (و) القراءة فرض في (كل النفل و) كل (الوتر) لان كل شفع من
النفل صلاة على حدة وأما الوتر فللاحتياط (ولزم النفل) سواء كان صلاة أو صوما (بالشروع)
وقال الشافعي لا يلزمه لانه متبرع ولنا ان ما ادى وقع قربة فيلزمه الاتمام صيانة عن البطلان
المنهي عنه (ولو) كان الشروع (عند الغروب) أي غروب الشمس (والطلوع) وعند استوائها
وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة انه لا يلزم بالشروع في هذه الاوقات اعتبارا بالشروع في
الصوم يوم العيد حتى لا يجب عليه القضاء بالافساد ولنا وهو الفرق ان الشارع في الصوم مباشر
للمعصية اذ الجزء الذي شرع فيه صوم فكان منهيا فكان مامورا بقطعه فاستحال أن يؤمر
بالقضاء والشارع في الصلاة غير مباشر للمعصية لان ماشرع فيه ليس بصلاة لانها لا تتم الا بركعة
فلا يكون منهيا عنه فيؤمر بالقضاء (وقضى) الشخص (ركعتين لو نوى اربعا) اى اربع ركعات
(وافسده) أي الاربع الذي شرع فيه (بعد القعود الاول او قبله) اى او أفسده قبل القعود الاول

لان

لان كل شفع صلاة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة فيكون ملزما بالشروع فيقضى ركعتين وأمّا فى افساده قبل القعود الاوّل فلصحة شروعه فيه ولا يلزم الشفع الثانى لعدم شروعه فيه وعن أبى يوسف انه يلزمه الاربع (أو لم يقرأ فيهن) أى فى الاربع بالكلية (شيأ) فكذلك يقضى ركعتين عندهما لانه لا يجب عليه بتحريمة الاربع الا ركعتان فى المشهور وعن أبى يوسف لزمه قضاء الاربع لانّ الشروع ثبت بالتحريمة وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة ثبتت بالمواظبة وقيل يقضى أربعا لانها كصلاة واحدة (أو قرأ فى) الركعتين (الاولين) ولم يقرأ فى الاخريين فكذلك يقضى ركعتين لانّ الشفع الاوّل قد تم وصح شروعه فى الشفع الثانى ثم فسد بترك القراءة فيه فيقضيه (أو) قرأ فى (الاخريين) ولم يقرأ فى الاولين فكذلك يقضى ركعتين فهذه خمس مسائل مشتركة فى الجواب وهو قوله وقضى ركعتين (و) قضى (أربعا) أى أربع ركعات (لو قرأ فى احدى الاولين) امّا فى الاولى وامّا فى الثانية (واحدى الاخريين) امّا فى الثالثة وامّا فى الرابعة وعند محمد يقضى ركعتين فقط لبطلان التحريمة عنده ولهما أنّ التحريمة باقية فيقضى أربعا ولو قرأ فى احدى الاولين لا غير قضى عندهما أربعا خلافا لمحمد (ولا يصلى بعد صلاة مثلها) هذا لفظ الحديث واختلف فى تفسيره فقيل معناه لا يصلى ركعتان بقراءة وركعتان بغير قراءة روى ذلك عن عمر وعلىّ وابن مسعود رضى الله عنهم فيكون بيانا لفرض القراءة فى ركعات النفل كلها وقيل كانوا يصلون الفريضة ثم يصلون بعدها مثلها يطلبون بذلك زيادة الاجر فنهوا عن ذلك وقيل هو نهى عن اعادة المكتوبة بمجرد توهم فسادها من غير تحقق لما فيه من تسليط الوسوسة على القلب وقيل المراد منه الزجر عن تكرار الجماعة فى المساجد وقال الشيخ وهو تأويل حسن (ويتنفل) المكلف حال كونه (قاعدا مع القدرة على القيام) لانّ باب النفل أوسع وقوله (ابتداء وبناء) يجوز أن يكونا حالين بمعنى مبتدئا وبانيا ويجوز أن ينتصبا على الظرفية أى فى حالة الابتداء وحالة البناء صورة الابتداء ظاهرة وصورة البناء أن يشرع قائما وصلى بعضها ثم كملها قاعدا أو أحرم قائما ثم صلاها قاعدا بلا عذر يجوز عند أبى حنيفة فى هذه الصورة لانّ القيام ليس بركن فى النفل وعندهما لا يجوز لانه بالشروع صار ملزما فأشبه النذر (و) يتنفل أيضا حال كونه (راكبا خارج المصر) حال كونه (موميا) بالركوع والسجود (الى أىّ جهة توجهت دابته) لانه عليه السلام صلى على حمار وهو متوجه الى خيبر وكذلك السنن الرواتب لانها فى الاصل نوافل وعن أبى حنيفة ينزل لسنة الفجر ولا تجوز الفرائض والواجبات مثل الوتر والمنذور والمشروع الذى أفسده وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة التى تليت على الارض ويصلى المكتوبة عليها بأن كانت جموحا لو نزل لا يمكنه الركوب الا بمعين أو كان شيخا كبيرا لا يمكنه الركوب ولا يجد من يركبه أو كان فى طين لا يجد مكانا يابسا أو كان فى البادية والقافلة تسير ويخاف على نفسه وثيابه لو نزل وكذا العذر المطر وخوف العدوّ والسبع ونحوهما ثم اختلف فى مقدار الخروج من المصر فقيل مقدار فرسخين أو أكثر وفى أقل لا يجوز وقيل قدر الميل والاصح أنه يعتبر بمدة السفر وعن أبى يوسف يجوز فى المصر أيضا ولا تضرّ النجاسة المانعة على الدابة وقيل ان كانت على السرج أو الركابين تمنع وقيل ان كانت على الركابين لا تمنع والاصح عدم المنع مطلقا والعجلة كالدابة ان كان طرفها على الدابة سواء كانت سائرة أو لا وان لم تكن فكالسرير (وبنى) على

صلاته (بنزوله) بعد افتتاحه راكبا لان النزول عمل يسير وعن أبي يوسف يستقبل وعن محمد اذا نزل
بعد ما صلى ركعة يستقبل (لا) يبنى (بعكسه) وهو ما اذا افتتحها نازلا ثم ركب لان الركوب عمل
كثير وعن زفر يبنى أيضا (وسن في) شهر (رمضان عشرون ركعة بعشر تسليمات) بين كل ركعتين
تسليمة وعند مالك ست وثلاثون ركعة ولنا ما روى البيهقي باسناد صحيح انهم كانوا يقومون على
عهد عمر رضى الله عنه بعشرين ركعة وعلى عهد عثمان وعلى رضى الله عنهما مثله فصار اجماعا
وهى سنة رسول الله عليه السلام للرجال والنساء وقال بعض الروافض هى سنة الرجال فقط
وقيل هى سنة عمر رضى الله عنه ووقتها (بعد) صلاة (العشاء) الى طلوع الفجر (قبل الوتر وبعده)
وقيل الليل كله وقت لها قبل العشاء وبعدها وقبل الوتر وبعده وقال عامة مشايخ بخارا وقتها
ما بين العشاء والوتر والاول أصح والمستحب تأخيرها الى ثلث الليل أو نصفه وبعد النصف قيل
يكره والاصح لا لانها صلاة الليل والباء في قوله (بجماعة) تتعلق بقوله سن والسنة فيها الجماعة
عند الجمهور على سبيل الكفاية حتى لو ترك أهل مسجد أساؤا وعن أبي يوسف ان أمكنه أداؤها
في بيته مع مراعاة السنة فالصلاة في بيته أفضل الا أن يكون فقيها كبيرا يقتدى به (والختم) بالجر
عطفا على بجماعة أى يسن أن يختم القرآن فيها (مرة) واحدة بأن يقرأ في كل ركعة عشر آيات
لان عدد ركعات التراويح في الشهر ستمائة ركعة وعدد آى القرآن ستة آلاف آية وشئ ولا يترك
الختم مرة لكسل القوم وقيل يقرأ في كل ركعة ثلاثين آية لان عمر رضى الله عنه أمر بذلك فيقع
عند هذا فيها ثلاث ختمات ومنهم من استحب الختم في الليلة السابعة والعشرين رجاء أن ينالوا
ليلة القدر لان الاخبار تظاهرت عليها وقيل يقرأ فيها مقدار ما يقرأ في المغرب تخفيفا وقيل مقدار
ما يقرأ في العشاء والباء في (بجلسة) في الظاهر تتعلق بقوله وسن أى بجلسة كائنة (بعد كل
أربعة) أى بعد كل أربع ركعات فيلزم من ذلك أن تكون هذه الجلسة سنة وليس كذلك بل هى
مستحبة فاذا قدرنا محذوفا يزول ذلك وانما استحبت هذه الجلسة لان اسم التراويح ينبئ عن ذلك
لانه من الاستراحة ثم هم مخيرون في حالة الجلوس ان شاؤا سبحوا وان شاؤا قرؤا القرآن وان شاؤا
صلوا أربع ركعات فرادى وان شاؤا قعدوا ساكتين وأهل مكة يطوفون أسبوعا ويصلون
ركعتين وأهل المدينة يصلون أربع ركعات والاستراحة على خمس ترويحات تكره عند الجمهور
لانه خلاف فعل أهل الحرمين والباء في (بقدرها) في محل نصب على الحال من الجلسة أى بقدر
الاربعة التى هى الترويحة (ويوتر) على صيغة المجهول أى يوتر الامام (بجماعة في) شهر (رمضان)
للاجماع عليه وقيل الوتر في بيته منفردا هو الافضل وهو المختار وأشار بقوله (فقط) الى انه لا يجوز
الوتر بجماعة في غير رمضان وذكر في النوازل أن الوتر بجماعة خارج رمضان يجوز

* هذا (باب) في بيان أحكام (ادراك الفريضة) *

(صلى) شخص (ركعة) واحدة (من) صلاة (الظهر) أو العصر أو العشاء بأن قيدها بالسجدة
(فأقيم) الظهر بالامام (يتم) تلك الركعة (شفعا) بأن يضم اليها ركعة أخرى ويسلم على رأس
الركعتين صيانة للمؤدى عن البطلان (ويقتدى) بالامام احرازا لفضيلة الجماعة فيكون ما صلى
نفلا وان لم يقيد الركعة بالسجدة يقطع وقيل يتم شفعا أيضا ولو كان قطعه للنفل لا يقطع لانه ليس
للاكمال ولو كان في سنة الظهر أو الجمعة فأقيمت أو خطب قيل يقطع على رأس الركعتين يروى ذلك

عن

عن أبي يوسف وقيل يتمها أربعا (فلو صلى ثلاثا) أى ثلاث ركعات من نحو الظهر بأن قيد الثالثة بسجدة ثم أقيمت الصلاة (يتم) منفردا على حاله (ويقتدى) بالامام حال كونه (متطوعا) وعن محمد أنه يتمها قاعدا لتنقلب صلاته نفلا ثم يصلى مع الجماعة ليجمع بين ثواب النفل وثواب الجماعة فى الفرض وان لم يقيد الثالثة بسجدة يقطعها ثم يتخير ان شاء عاد وقعد وسلم ليكون الخروج على الوجه المسنون وان شاء كبر قائما ينوى الدخول فى صلاة الامام فينقطع الاول ضمنا فان أتمها يقتدى وما يصلى تطوع لان الفرض لا يتكرر فى زمان واحد لا يقال التطوع بجماعة خارج رمضان مكروه لانا نقول ذلك فى كون الامام والقوم متطوعين اما اذا نوى الامام الفرض والقوم النفل فلا ثم انه لا يقتدى بالامام اذا كان فى العصر اذ التنفل بعده مكروه (فان صلى ركعة من) صلاة (الفجر أو) صلاة (المغرب فأقيم) للجماعة (يقطع) ما صلاها احرازا لفضيلة الجماعة وكذا يقطع الثانية ما لم يقيدها بالسجدة (ويقتدى) بالامام وان قيد الثانية بسجدة مضى فيها فلو أتمها لا يشرع مع الامام لكراهة النفل بعد الفجر وكذا بعد المغرب لانه ان وافق الامام فقد خالف السنة وان وافق السنة بأن يجعلها أربعا فقد خالف الامام ولكن اذا شرع معه يتمها أربعا لان موافقة السنة أولى لان مخالفة الامام مشروعة فى الجملة كالمسبوق ونحوه ولهذا قال أبو يوسف الاحسن أن يدخل معه ويتم أربعا ولو سلم مع الامام قيل فسدت صلاته وقضى أربعا وعن بشر انه يسلم مع الامام ولا يلزمه شئ (وكره خروجه) أى خروج الشخص (من مسجد) قد (أذن فيه حتى يصلى) تلك الصلاة مع الجماعة لورود الوعيد بذلك (وان صلى) هو تلك الصلاة التى أذن لها (لا) يكره له الخروج لانه أجاب الداعى مرة فلا يجب عليه ثانيا (الا) استثناء من قوله وان صلى لا أى يكره خروجه من المسجد وان صلى (فى) صلاة (الظهر و) صلاة (العشاء ان شرع) المؤذن (فى الاقامة) لانه مخالف الجماعة عيانا بخلاف العصر والمغرب والفجر على ما بينا (ومن خاف فوات الفجر) مع الامام (ان أدى سنته) أى سنة الفجر (ائتم) بالامام (وتركها) أى السنة لان ثواب الجماعة أعظم (والا) أى وان لم يخف فوت الفجر ان اشتغل بالسنة (لا) يترك السنة لانه أمكنه الجمع بين الفضيلتين وان كان يرجو ادراك التشهد يبدأ بالسنة عندهما خلافا لمحمد وان كان الظهر ترك السنة مطلقا وشرع معه (ولم تقض) سنة الفجر اذا فاتته قبل طلوع الشمس بالاتفاق ولا بعد ارتفاعها عندهما خلافا لمحمد الى وقت الزوال (الا تبعا) للفرض بأن فاتت معه تقضى الى الزوال اتفاقا وبعده لا تقضى اتفاقا وأما سائر السنن فلا تقضى وحدها بعد الوقت واختلف فى قضائها مع الفرض (وقضى) السنة (التى قبل) صلاة (الظهر فى وقته) أى فى وقت الظهر (قبل شفعه) أى قبل شفع الظهر وهما الركعتان اللتان بعده أما نفس القضاء فى الوقت فقول الجمهور وأما كيفية القضاء فقال أبو يوسف يصلى الاربع أولا بعد فراغه من الفرض ثم يصلى الركعتين لان الفائتة مقدمة على الوقتية وقال محمد يقدم الشفع على الاربع وقيل الخلاف على العكس (ولم يصل) صلاة (الظهر جماعة) يعنى اذا حلف بأن قال عبدى حر ان صليت الظهر بجماعة لا يكون مصليا بجماعة (بادراك ركعته) أى ركعة الظهر لانه منفرد ببعضه فلا يحنث وانما يصير مصليا بها اذا صلى كله أو أكثره فلو أدرك الثلاث حنث وقيل لا (بل أدرك فضلها) أى فضل الجماعة لان من أدرك آخر

الشيء فقد أدركه ولهذا لو قال عبده حر ان أدركت الظهر حنث بادراك ركعة (ويتطوع) بالسنة أو بما بدا له من النوافل (قبل الفرض ان أمن فوت الوقت) بأن كان في الوقت سعة (والا) أي وان لم يأمن فوت الوقت بأن كان في الوقت ضيق (لا) يتطوع قيل هذا في سنة العصر والعشاء دون الفجر والظهر قلت هذا يحتاج الى تفصيل فنقول التطوع على وجهين سنة مؤكدة وهي الرواتب وغير مؤكدة وهي ما زاد عليها والمصلي لا يخلو اما أن يكون يؤدي المكتوبة بجماعة أو منفردا فان كان بجماعة يصلي السنن الرواتب قطعا ولا يتخير فيها مع الامكان وان كان منفردا فكذلك في رواية وقيل يتخير والاول أحوط الا اذا خاف فوت الوقت وأما غير الرواتب فانه يتخير فيها مطلقا (وان أدرك) شخص (امامه) حال كون الامام (راكعا فكبر ووقف حتى رفع) الامام (رأسه لم يدرك) تلك (الركعة) لان الشرط هو المشاركة مع الامام في أفعال الصلاة ولم توجد لا في القيام ولا في الركوع وقال زفر والشافعي يصير مدركا لها لانه أدركه فيما له حكم القيام فيصير هذا لاحقا عندهما فيأتي بها قبل فراغ الامام ولكن ان صلى بعد فراغه جاز وعندنا هو مسبوق بها حتى يأتي بها بعد فراغ الامام وعلى هذا الخلاف لو لم يقف حتى انحط للركوع فرفع الامام رأسه قبل أن يركع (ولو ركع مقتد) قبل الامام (فأدركه امامه فيه) أي في هذا الركوع (صح) ركوعه ولكن كره وقال زفر لا يصح لان ما أتى به قبل الامام غير معتد به ولنا وجود الاشتراك وهو الشرط فيجوز ويكره لما فيه من النهي

هذا (باب) في بيان أحكام (قضاء الفوائت)

القضاء تسليم مثل الواجب بسببه (الترتيب بين) الصلاة (الفائتة و) بين الصلاة (الوقتية) مثلا بين الظهر والعصر اذا فاتته الظهر (و) الترتيب أيضا (بين الفوائت) الثلاثة أو الاربعة أو الخمسة أو الستة (مستحق) أي واجب وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي الترتيب مستحب لان كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا ما في حديث جابر رضي الله عنه أنه عليه السلام صلى العصر بعد ما غربت الشمس ثم صلى المغرب بعدها فدل على أن الترتيب مستحق اذ لو كان مستحبا لما أخر المغرب التي يكره تأخيرها لامر مستحب وما ذكره منقوض بالايمان فانه أصل بنفسه ومع هذا هو شرط لصحة جميع العبادات (ويسقط) الترتيب (بضيق الوقت) لانه ليس من الحكمة تفويت الوقتية لتدارك الفائتة وقال مالك لا يسقط بضيق الوقت (و) يسقط أيضا بوجود (النسيان) لان الناسي عاجز وذكر صاحب المنظومة أن عند مالك لا يسقط بالنسيان وليس بمعتمد مذهبه (و) يسقط أيضا مع (صيرورتها) أي الفائتة (ستا) أي ست صلوات اذ لو اشتغل بها مع ما لا بد منه من الحاجات لفات الوقتي وعند زفر الى شهر ويعتبر في سقوط الترتيب خروج وقت الصلاة السادسة وعند محمد يعتبر الدخول والصحيح الاول ثم المعتبر فيه أن تبلغ الاوقات المتخللة منذ فاتته ست صلوات وان أدى ما بعدها في أوقاتها وقيل المعتبر أن تبلغ الفوائت ستا ولو كانت متفرقة وثمرة فيما اذا ترك ثلاث صلوات مثلا الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب من يوم ولا يدري أيتها أولى فعلى الاول يسقط الترتيب لان المتخللة بين الفوائت كثيرة وعلى الثاني لا يسقط لان الفوائت بنفسها يعتبر أن تبلغ ستا فيصلي سبع صلوات الظهر ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر والاول أصح ولو اجتمعت الفوائت القديمة

الحديثة

قوله والصحيح الى قوله وثمرته ملحق بهامش النسخ التي بايدينا وكتب عليه هذه الزيادة وهي من قوله والصحيح الاول الى قوله ولو كانت متفرقة لم توجد في خط المؤلف ولا بد من الحاقها لعدم استقامة ثمرة الخلاف بدونها اهـ

الحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا يجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجراً له عن التهاون (ولم يعد) الترتيب (بعودها) أي بعود الفوائت (الى القلة) بأن كانت عليه صلوات فائتة فقضى بعضها حتى قل ما بقي لا يعود الترتيب فيما بقي لان الساقط لا يعود وقال أبو حفص الكبير وعليه الفتوى وهو اختيار شمس الائمة وفخر الاسلام وقيل يعود الترتيب وهو اختيار الفقيه أبي جعفر قال صاحب الهداية وهو الاظهر فعلى هذا لو ترك صلاة شهر مثلاً ثم قضاها الا صلاة ثم صلى الوقتية ذاكراً لها لم يجز عند هذا القائل (فلو صلى) شخص (فرضاً) حال كونه (ذاكراً) أن عليه (فائتة ولو) كان المتروك (وتراً فسد فرضه) فساداً (موقوفاً) عند أبي حنيفة صورته صلى العصر مثلاً ذاكراً أنه لم يصل الظهر فسد عصره موقوفاً عنده حتى لو صلى بعده ست صلوات أو أكثر ولم يعد الظهر عاد الكل جائزاً وعندهما يفسد فساداً باتاً لان علة سقوط الترتيب الكثرة وانما يثبت الحكم اذا ثبتت الكثرة فيما بعدها الا في نفسها اذ هي تؤثر في غيرها لا في نفسها وله أن الحكم مع العلة يقترنان والكثرة صفة هذا المجموع وحكمها سقوط الترتيب فاذا ثبت صفة الكثرة بوجود الاخيرة استندت الصفة الى أولها بحكمها فيجوز الكل كمرض الموت لما ثبت له هذا الوصف استند اليه بحكمه وصورة الوتر المتروك بأن صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يصل الوتر فسد صبحه فساداً موقوفاً عنده خلافاً لهما لان الوتر واجب عنده فيراعى الترتيب وعندهما سنة فلا يراعى اذ لا ترتيب بين الفرائض والسنن

هذا (باب) في بيان أحكام (سجود السهو)

هذا من اضافة الحكم الى سببه (يجب بعد السلام) أي بعد سلام المصلي في آخر صلاته (سجدتان بتشهد) آخر (وتسليم) آخر بعد هذا التشهد ههنا ثلاثة أشياء الاول في صفة سجود السهو وهو واجب في الصحيح وعن البعض انه سنة الثاني في محله وهو بعد السلام عندنا وعند الشافعي قبله وعند مالك ان كان عن نقصان فقبله وان كان عن زيادة فبعده والخلاف في الاولوية ولا خلاف في الجواز قبله وبعده لصحة الحديث فيهما والترجيح لما قلنا من جهة المعنى أن السلام من الواجبات فيقدم على سجوده والثالث في كيفيته وهي أن يسجد سجدتين ثم يتشهد ثم يسلم ثم اختلف في السلام الاول فقيل يسلم تسليمتين وهو الصحيح وقيل تسليمة واحدة تلقاء وجهه ولا ينحرف عن القبلة وقيل تسليمة واحدة عن يمينه ويأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء في قعدة السهو وهو الصحيح وهو اختيار الكرخي وقيل يأتي بهما في القعدة الاولى وقال الطحاوي كل قعدة في آخرها سلام ففيها الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فعلى هذا يأتي بهما في القعدتين وقيل عندهما يصلي في الاولى وعند محمد في الاخيرة والباء في قوله (بترك واجب) يتعلق بقوله يجب أي يجب سجود السهو بترك شيء واجب كترك القعدة الاولى أو تأخير واجب كتأخير قراءة الفاتحة أو تغييره كالجهر فيما يخافت وبالعكس أو تأخير ركن كترك السجدة الصلبية سهواً ثم تذكرها في الركعة الثانية فسجدها وتأخير القيام الى الثالثة بالزيادة على قدر التشهد أو تكرار ركن بأن ركع ركوعين أو سجد ثلاث سجدات أو تقديم ركن بان ركع قبل أن يقرأ أو سجد قبل أن يركع وقول الشيخ بترك واجب يشمل الكل لان في الحقيقة الوجوب فيه من شيء واحد وهو ترك الواجب فافهم ثم انه يكفيه سجدتان (وان تكرر) ترك الواجب حتى لا يجب عليه

أكثر من سجدتين قوله (وسهو امامه) بالجر عطفا على قوله بترك واجب أي يجب سجود السهو أيضا على المقتدي بسهو امامه بشرط أن يسجد الامام حتى لو تركها الامام يتركها المقتدي أيضا (لا) يجب على المقتدي (بسهوه) هو ولا على الامام لانه لو سجد هو يؤدي الى المخالفة ولو سجد الامام معه لانقلب المتبوع تابعا فلا يجوز (فان سها) المصلي (عن القعود الاول وهو) أي والحال انه (اليه) أي الى القعود (أقرب عاد) وقعد وتشهد لان ما قرب الى الشئ يأخذ حكمه (والا) أي وان لم يكن الى القعود أقرب (لا) يعود لانه كالقائم ويعتبر ذلك بالنصف الاسفل من الانسان ان كان النصف الاسفل مستويا كان الى القيام أقرب والا لا (ويسجد للسهو) لتركه الواجب (وان سها عن) القعود (الاخير عاد) اليه (مالم يسجد) للركعة التي قام اليها الان فيه اصلاح صلاته وأمكنه ذلك وقوله الاخير يشمل قعدة الصبح (وسجد للسهو فان سجد) للتي قام اليها (بطل فرضه) وقال الشافعي لا يبطل الا اذا كان عامدا (برفعه) أي برفع رأسه من السجود الذي وجد في الركعة التي قام اليها عند محمد وعند أبي يوسف بطل بوضع جبهته وفائدته فيمن وضع جبهته فسبقه حدث فرفع رأسه للوضوء فتوضأ فعند أبي يوسف لا يمكنه اصلاحها لبطلانها وعند محمد يبني والفتوى على قوله ثم اذا بطل الفرض هل تبطل النفلية أم لا ففيه خلاف أشار اليه بقوله (وصارت) الفريضة المذكورة (نفلا فيضم) اليها ركعة (سادسة) ليصير متنفلا بست ركعات اذ النفل شرع شفعا لا وترا وهذا عندهما وعند محمد بطل أصل الصلاة ولا يضم اليها شيأ (وان قعد في) الركعة (الرابعة ثم قام) الى الركعة الخامسة (عاد) الى القعدة (وسلم) ليخرج عن الفرض بالسلام لانه واجب ولا يسلم قائما لانه غير مشروع (وان سجد للخامسة) أي للركعة الخامسة (تم فرضه) لانه قد أتى بالقعدة الاخيرة ولكنه أخر السلام فقط وعند الشافعي لا يتم بل يعود الى القعود ويسلم لان السلام فرض (وضم) ركعة (سادسة) ليصير شفعا اذ الركعة الواحدة غير مشروعة (لتصير الركعتان) الزائدتان (نفلا وسجد للسهو) لتأخيره السلام ولا تنوبان عن سنة الظهر وقيل تنوبان والاول أصح (ولو سجد للسهو في شفع التطوع) بان تنفل رجل شفعا وسها فيهما وسجد للسهو وأراد أن يبني عليهما أخريين (لم يبن شفعا آخر عليه) أي على الشفع الاول لئلا يبطل ما أدى من السجود بلا ضرورة لانه يقع في الصلاة ومع هذا لو بنى صح ويعيد سجود السهو في الصحيح لانه بطل (ولو سلم الساهي) في الصلاة (فاقتدى به) أي بهذا الساهي (غيره فان) كان (سجد) الساهي للسهو (صح) اقتداء الرجل به (والا) أي وان لم يسجد (لا) يصح اقتداؤه هذا عندهما وعند محمد وزفر يصح مطلقا توضيح هذا أن من عليه سجود السهو اذا سلم يخرج عن حرمة الصلاة خروجا موقوفا فان سجد عاد اليها وان لم يسجد لم يعد عندهما وقال محمد وزفر لا يخرج أصلا وفائدة ذلك فيما ذكره الشيخ وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة فعند محمد ينتقض وعندهما لا وفيما اذا كان مسافرا فنوى الاقامة في هذه الحالة لا يتحول فرضه الى الاربع عندهما ويسقط عنه سجود السهو وعند محمد يتحول رباعية ويأتي بسجود السهو (ويسجد) الساهي (للسهو وان سلم) ناويا (للقطع) أي لقطع الصلاة لان هذا السلام غير قاطع على البتات اجماعا فتلغو نيته كما لو نوى الظهر ستا (وان شك) المصلي (انه كم صلى) واحدة أم ثنتين أم ثلاثا أم أربعا وذلك عرض له (أول مرة) بان لم يكن السهو عادة له لا أنه لم يسه في عمره قط وقيل

أول سهو وقع له في عمره ولم يكن سها في صلاته قط بعد بلوغه وقيل أول سهوله في تلك الصلاة والاول أصح (استأنف) صلاته المذكور لقوله صلى الله عليه وسلم اذا شك أحدكم في صلاته كم صلى فليستقبل الصلاة والاستقبال لا يتصور الا بالخروج عن الاولى وذلك بالسلام أو الكلام أو عمل ينافي الصلاة والسلام قاعدا أولى لانه عهد محللا شرعا ومجرد النية لغو (وان كثر) شكه (تحرى) أي أخذ بالاحرى وهو الاخذ بأكبر رأيه لقوله صلى الله عليه وسلم من شك في صلاته فليتحر الصواب ولا معارضة بين الحديثين لان ذلك محمول على ما اذا وقع له أول مرة وهذا على ما اذا وقع له غير مرة ولم يجعل الامر بالعكس لانه يوجب ترك العمل بأحدهما فافهم (والا) أي وان لم يكن وقع له تحر على شئ (أخذ بالاقل) لتيقنه فان كان بين الاولى والثانية يعدها واحدة وبين الثانية والثالثة يعدها ثانية وبين الثالثة والرابعة يعدها ثالثة ويقعد على رأس كل ركعة يشك فيها (توهم مصلى) صلاة (الظهر انه أتمها فسلم) على الوهم (ثم علم انه صلى ركعتين) فقط (أتمها) أي أتم الظهر أربعا (وسجد للسهو) لانه عليه السلام فعل كذلك في حديث ذي اليدين ولان السلام ساهيا لا يبطل صلاته لكونه دعاء من وجه بخلاف ما لو سلم على ظن انه مسافر او على ظن انها الجمعة أو كان قريب العهد بالاسلام فظن ان فرض الظهر ركعتان او كان في صلاة العشاء فظن انها التراويح فسلم حيث تبطل صلاته في هذه المسائل لانه سلم عامدا

هذا (باب) في بيان أحكام صلاة (المريض)

المرض معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربع (تعذر عليه) أي على المريض (القيام) في الفرائض (أو) لم يتعذر ولكنه (خاف زيادة المرض) أو ابطاء البرء أو دوران الرأس أو كان يجد ألما شديدا للقيام (صلى) حال كونه (قاعدا يركع ويسجد) لقوله عليه السلام لعمران بن الحصين صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومئ ايماء ولو قدر على القيام متكئا يصلي متكئا في الصحيح وكذلك لو قدر على أن يعتمد على عصا أو على خادم له فانه يقوم ويتكئ خصوصا على قول أبي يوسف ومحمد (أو) صلى حال كونه قاعدا (موميا ان تعذرا) أي الركوع والسجود لانه وسع مثله (وجعل سجوده أخفض) أي أخفض من ركوعه (ولا يرفع الى وجهه شئ يسجد عليه) أي على ذلك الشئ لورود النهي عن ذلك (فان فعل) على صيغة المجهول أي فان فعل الرفع المذكور (وهو) أي والحال انه (يخفض رأسه صح) لوجود الايماء (والا) أي وان لم يخفض رأسه (لا) يصح لعدم الايماء (وان تعذر) عليه (القعود أومأ) حال كونه (مستلقيا) على ظهره جاعلا رجليه نحو القبلة وواضعا تحو مخدة تحت رأسه ليرتفع فيصير شبه القاعد اذ حقيقة الاستلقاء تمنع الايماء للصحيح فكيف للمريض (أو) أومأ حال كونه مضطجعا (على جنبه) ووجهه الى القبلة وقال الشافعي يومئ على الجنب وهو رواية عن أبي حنيفة (والا) أي وان لم يقدر على الايماء برأسه (أخرت) عنه الصلاة ولا تسقط وان كان العجز أكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا بخلاف المغمى عليه وقيل الاصح ان عجزه اذا زاد على يوم وليلة لا يلزمه القضاء وان كان دون ذلك يلزمه لان مجرد العقل لم يكف لتوجه الخطاب فقد ذكر محمد أن من قطعت يداه من المرفقين وقدماه من الساقين لا صلاة عليه (ولم يوم) عند عدم القدرة على الايماء برأسه (بعينه وقلبه وحاجبيه) وقال زفر والشافعي وهو رواية عن أبي يوسف يومئ بهذه

الاشياء لانه وسع مثله ولنا ما روينا (وان تعذر) عليه (الركوع والسجود لا القيام أومأ) حال كونه (قاعدا) وقال زفر والشافعي يصلي قائما لان القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن أداء ركن آخر ولنا أن المقصود الخضوع والخشوع لله تعالى ويحصل ذلك بالركوع والسجود والقيام وسيلة الى السجود فلا يجب بدونه (ولو مرض في صلاته) بعد ما شرع وهو صحيح (يتم) صلاته قاعدا (بما قدر) يعني بحسب طاقته فان قدر على الركوع والسجود فعلهما والا يومئ فان لم يقدر فيستلقي لانه بناء الادنى على الاعلى (ولو صلى) المريض حال كونه (قاعدا يركع ويسجد فصح) في أثناء صلاته (بنى) عليها قائما عندهما وقال محمد يستقبل وهذا مبني على اختلافهم في اقتداء القائم بالقاعد وقد مر (ولو كان) المريض صلى بعض صلاته حال كونه (موميا) ثم صح حتى قدر على الركوع والسجود (لا) يبني بل يستأنف خلافا لزفر لانه بناء القوي على الضعيف (وللمتطوع) بالنوافل (أن يتكئ على شئ) نحو العصا والحائط (ان أعيا) أي تعب لانه عذر فان لم يجد شيأ قعد والقعود بلا عذر جائز عند أبي حنيفة خلافا لهما والاتكاء بلا عذر مكروه وقيل لا يكره عند أبي حنيفة (ولو صلى) رجل (في فلك) أي سفينة حال كونه (قاعدا بلا عذر) مثل دوران الرأس (صح) عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز الا من عذر لان القيام ركن فلا يترك الا من عذر وله أن الغالب دوران الرأس فصار كالمحقق والاولى أن يخرج ان استطاع الخروج منها والخلاف في غير المربوطة ولو كانت مربوطة لم يجز قاعدا اجماعا وقيل يجوز عنده في حالتي الاجراء والارساء ويلزمه التوجه عند الافتتاح وكلما دارت السفينة لانها في حقه كالبيت حتى لا يتطوع فيها مومياً مع القدرة على الركوع والسجود بخلاف راكب الدابة (ومن أغمي عليه) وهو غلبة العقل (أو جن) وهو انسلاب العقل مقدار (خمس صلوات قضى) اذا أفاق وقال الشافعي لا يقضي اذا أغمي عليه وقت صلاة كامل كالجنون ولنا ما روى أن عليا رضي الله عنه أغمي عليه أربع صلوات فقضاهن وابن عمر رضي الله عنهما أغمي عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقض (ولو كان) الاغماء أو الجنون (أكثر) من خمس صلوات (لا) يقضي لما روينا ولانه اذا قصر يعتبر بالنوم واذا طال يعتبر بالصبا والطويل أن يزيد على يوم وليلة ليدخل في حد التكرار ثم تعتبر الزيادة على يوم وليلة بالاوقات عند محمد أي ما لم تصر الصلوات ستا لا يسقط عنه القضاء وان كان من حيث الساعات أكثر من يوم وليلة وعندهما يعتبر من حيث الساعات حتى لو أغمي عليه قبل الزوال ودام الى ما بعد الزوال من اليوم الثاني الا أنه أفاق قبل دخول وقت العصر لم يقض عندهما لانه من حيث الساعات أكثر من يوم وليلة وعند محمد يقضي ما لم يمتد الى وقت العصر حتى تصير الصلوات ستا ولو زال عقله بالخمر يلزمه القضاء وان طال وكذا اذا ذهب عقله بالبنج أو الدواء عند أبي حنيفة وعند محمد يسقط لانه مباح ولو أغمي عليه من فزع من سبع أو آدمي لا يجب عليه القضاء بالاجماع والله أعلم

* هذا (باب) في بيان أحكام (سجود التلاوة) *

وهي مصدر من تلا يتلو بمعنى قرأ وتلا بمعنى تبع مصدره تلو (يجب) سجود التلاوة وقال الشافعي يسن لانه عليه السلام قرأها ولم يسجد لها ولنا ان آياتها كلها تدل على الوجوب لانها على ثلاثة أقسام قسم أمر صريح وهو للوجوب وقسم ذكر فيه فعل الانبياء عليهم السلام والاقتداء

بهم واجب وقسم فيه استنكاف الكفار ومخالفتهم واجبة وتأويل مارواه انه لم يسجد للحال وليس فيه دليل على عدم الوجوب اذهى لا تجب على الفور وانما تجب (بأربع عشرة آية) أى بتلاوتها فتكون الباء للسببية ويجوز أن تكون بمعنى الظرف أى يجب فى أربع عشرة آية وهى فى آخر الاعراف والرعد والنحل وبنى اسرائيل ومريم والاولى فى الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرأ باسم ربك (منها) أى من أربع عشرة آية التى هى (اولى الحج) واحترز بها عن الثانية فيه لانها ليست بسجدة تلاوة وقال الشافعى هى من السجدات لحديث عقبة قال قلت يا رسول الله أفضلت سورة الحج بأن فيها سجدتين قال نعم ومن لم يسجدهما لم يقرأهما ولنا ماروى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم انهما قالا سجدة التلاوة فى الحج هى الاولى والثانية سجدة الصلاة وقرانها بالركوع يؤيد ماروى عنهما ومارواه لم يثبت ولئن ثبت فالمراد بأحدهما سجدة التلاوة وبالاخرى سجدة الصلاة (و) منها (ص) وقال الشافعى هى سجدة الشكر لماروى عن ابن عباس انه عليه السلام سجد فى ص وقال سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا ولنا ماروى عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه سجد فى ص ومارواه ضعفه البيهقى ولئن صح فالمراد به لاجل الشكر وهو لا ينافى الوجوب وقال مالك لا سجود فى المفصل وهو سورة النجم والانشقاق والعلق وقوله (على من تلا) يتعلق بقوله يجب أى يجب سجدة التلاوة فى هذه المواضع على من تلاها (ولو) كان (اماما او) على من (سمع) آية السجدة (ولو) كان (غير قاصد) لسماع القرآن لماروى عن عثمان وعلى وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم انهم أوجبوا على التالى والسامع من غير قصد وكفى بهم قدوة (او) كان السامع (مؤتما) وان لم يسمع حقيقة كما اذا قرأها الامام سرا أولم يكن حاضرا وقت القراءة لانها تجب عليه تبعا له (لا) تجب (بتلاوته) أى بتلاوة المقتدى عليه وعلى من سمعه من المصلين بصلاة امامه عندهما وقال محمد تجب عليهم ويسجدونها بعد الفراغ منها لتحقق السبب ولهما انه محجور عليه عن القراءة ولا حكم لتصرف المحجور عليه بخلاف من ليس معهم فى الصلاة لان الحجر ثبت فى حقهم فلا يعدوهم ومن تلاها فى الركوع أو السجود أو التشهد لا يجب عليه للحجر عن القراءة فيه وقال المرغينانى تجب وتتأدى فيه ولو سمعها من لا تجب عليه الصلاة لصغر أو جنون او حيض أو نفاس تجب لتحقق السبب وقيل لا تجب بقراءة المجنون والصغير الذى لا يعقل ولا تجب بقراءة النائم أو المغمى عليه فى رواية وكذا لو سمعها من طوطى على الصحيح (ولو سمعها) أى آية السجدة (المصلى من غيره) ممن ليس معه فى الصلاة (سجد بعد الصلاة) لتحقق السبب (ولو سجد فيها) أى فى الصلاة تلك السجدة التى سمعها من غيره (اعادها) أى السجدة لانها ناقصة لمكان النهى فلا يتأدى بها الكامل (لا) يعيد (الصلاة) لان السجود من أفعالها فلا يفسدها وفى رواية يفسدها فيعيدها وقيل هى قول محمد (ولو سمع) رجل آية السجدة (من امام فأتم به) أى بالامام (قبل ان يسجد) الامام لها (سجد) المؤتم (معه) أى مع الامام تحقيقا للمتابعة (و) ان ائتم به (بعده) أى بعد سجود الامام لها (لا) يسجدها الا فى الصلاة ولا بعد الفراغ منها وهذا اذا أدركه فى تلك الركعة باتفاق الروايات لانه صار مدركا للسجدة بادراك تلك الركعة فيصير مؤديا لها وان

أدركه فى الركعة الثانية يسجدلها بعد الفراغ (وان لم يقتدبه سجدها) أى وان لم يقتدبالامام سجدها لتقرر السبب فى حقه وعدم المانع (ولم تقض) السجدة (الصلاتية) التى توجد فى الصلاة (خارجها) أى خارج الصلاة لان لها مزية فلا تتأدى بالناقص (ولوتلا) آية السجدة (خارج الصلاة فسجد) لها (واعاد) تلك السجدة (فيها) أى فى الصلاة (سجد) سجدة (اخرى) لان الصلاتية أقوى فلا تكون تبعا للاضعف (وان لم يسجد) لها (أولا) يعنى خارج الصلاة ثم أعادها فى الصلاة (كفته) سجدة (واحدة) عن التلاوتين للتداخل وجعلت الصلاتية مستتبعة للاولى لانها أقوى وفى نوادر أبى سليمان يلزمه سجدة أخرى (كمن كررها) أى آية السجدة (فى مجلس) واحد كالبيت والمسجد والسفينة فانه يكفيه سجدة واحدة لان مبناها على التداخل ما أمكن وامكانه على اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات وشرط التداخل اتحاد الآية والمجلس فلا يضر المشى خطوة أو خطوتين ولا أكل لقمة وشرب جرعة ولا انتقال من زاوية البيت أو المسجد الى زاوية أخرى بخلاف تسدية الثوب والانتقال من غصن الى غصن والدياسة وكراب الارض والسبح فى النهر أو الحوض لاختلاف المجلس حقيقة (لا) تكفيه سجدة واحدة اذا كررها (فى مجلسين) لاختلاف المجلس ثم التبدل سواء فى حق السامع والتالى فلو تبدل مجلس السامع دون التالى يتكرر الوجوب على السامع اجماعا ولو تبدل مجلس التالى دون السامع يتكرر على السامع عند البعض والاصح انه لا يتكرر (وكيفيته) أى كيفية سجود التلاوة (ان يسجد بشرائط الصلاة) وهى الطهارة من الاحداث والانجاس وستر العورة واستقبال القبلة (بين تكبيرتين) تكبيرة عند الوضع وتكبيرة عند الرفع وعن أبى حنيفة وأبى يوسف لا يكبر عند الانحطاط وعن أبى حنيفة يكبر فى الابتداء دون الانتهاء وقيل يكبر فى الابتداء بلا خلاف وفى الانتهاء خلاف بين أبى يوسف ومحمد فعلى قول أبى يوسف لا يكبر وعلى قول محمد يكبر والباء فى قوله (بلا رفع يد) يتعلق بقوله أن يسجد أى بلا رفع يديه عند السجود (و) لا (تشهد و) لا (تسليم) بعد رفع رأسه وقال الشافعى يجب التحريم والتحليل بأن يقوم وينوى ويكبر للافتتاح ويرفع يديه حذو منكبيه ثم يكبر أخرى للهوى من غير رفع اليد ثم يقعد ويسلم تسليمتين وعند أحمد يسلم بلا تشهد (وكره ان يقرأ سورة ويدع) أى يترك (آية السجدة) لانه يشبه الاستنكاف عنها (لا) يكره (عكسه) وهو أن يقرأ آية السجدة ويدع ماسواها لانه مبادرة اليها ويستحب اخفاؤها شفقة على السامعين وقيل ان وقع بقلبه انهم يؤدونها ولا يشق عليهم ذلك جهر بها ليكون حثا لهم على الطاعة

هذا (باب) فى بيان أحكام (المسافر)

وهو مفاعل من سافر بمعنى سفر لان المفاعلة لا تكون الا بين اثنين (من جاوز بيوت مصره) من الجانب الذى خرج منه وان كان بحذائه من جانب آخر بناء حال كونه (مريدا سيرا وسطا) وهو سير الابل ومشى الاقدام اذ أعجل السير سير البريد وابطؤه سير العجلة وخير الامور أوساطها وقال الشارح ان انتصاب سيرا بفعل مقدر والكلام فيه حذف وتقديم وتأخير وان انتصاب ثلاثة أيام على انه مفعول لقوله مريدا تقديره مريدا ثلاثة أيام بأن يسير سيرا وسطا لانه لا يريد السير بل يريد تلك المسافة قلت لا يحتاج الى هذا التكلف وليس فى التركيب ماذكره بل قوله

سيرا هو مفعول قوله مريدا ثم ان هذا السير متصف بشيئين الاول أن يكون وسطا والثانى
أن يكون ثلاثة أيام لانه لاشك حين يخرج من بيته يريد سيرا ولكن بمجرد ارادة السير مطلقا
لا يرخص له بل حين أراد السير الوسط المقدر بثلاثة أيام فحينئذ انتصاب سيرا على المفعولية
وانتصاب وسطا وثلاثة أيام على الوصفية ويجوز أن ينتصب سيرا بنزع الخافض ويكون قوله
ثلاثة أيام مفعولا لقوله مريدا فيكون تقديره مريدا بسير وسط (ثلاثة ايام) ولياليها وهذا أدنى
مدة السفر عندنا وعند الشافعى مقدر بيومين وهو ستة عشر فرسخا وفى قول بيوم وليلة وعند
مالك بأربعة برد كل بريد اثنا عشر ميلا وعند أبى يوسف بيومين وأكثر الثالث ولنا قوله عليه
السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها وجه الاستدلال ان المسافر ذكر محلى
بالالف واللام فاستغرق الجنس لعدم المعهود واقتضى تمكن كل مسافر من مسح ثلاثة أيام
ولا يمكن ذلك الا وأن تكون أقل مدة السفر ثلاثة أيام اذ لو كان أقل من ذلك لخرج بعض
المسافرين عن استيفاء هذه الرخصة والزيادة عليها منتفية اجماعا فكان الاحتياج الى اثبات
ان الثلاثة أقل مدة السفر وقوله (فى برأو بحر أو جبل) تفصيل للسير المتصف بثلاثة أيام والتقدير
سيرا متصفا بكونه فى ثلاثة أيام حاصلا أو واقعا فى بر أو فى بحر أو فى جبل فسيرة السفر فى البر
ظاهرة وهى اما ثلاث مراحل لان المعتاد فى كل يوم مرحلة خصوصا فى أقصر أيام السنة كما هو
المروى عن أبى حنيفة أوست مراحل وهو المعهود بين الناس ولاسيما فى الايام الطوال لانهم
يقطعون كل يوم مرحلتين بمشى الجمال والاقدام وأما مسيرة السفر فى البحر فلم يذكرها فى ظاهر
الرواية وعن أبى حنيفة أنه يعتبر مسيرة ثلاثة أيام فى البر وان أسرع فى السير وسار فى يومين
أو أقل والفتوى على أن ينظر كم تسير السفينة فى ثلاثة أيام ولياليها اذا كانت الرياح معتدلة
فيجعل ذلك هو المقدر وأما مسيرة السفر فى الجبل فكذلك ينظر كم يسير الماشى فيه فى ثلاثة أيام
ولياليها فيجعل ذلك هو المقدر وقوله (قصر الفرض الرباعى) جواب المسئلة وهو منسوب الى
رباع كالثلاثى منسوب الى ثلاث وكلاهما معدولان عن أربعة أربعة وثلاثة ثلاثة فتقييده
بهذا يخرج المغرب لانه ثلاثى والفجر لانه ثنائى (فلو اتم) المسافر الرباعى ولم يقصر (وقعد فى)
الركعة (الثانية صح) فرضه والاخريان تطوع كما لو صلى الفجر أربعا وأساء بتأخير السلام (والا)
اى وان لم يقعد فى الثانية قدر التشهد (لا) يصح لاشتغاله بالنفل قبل اكمال الفرض والاصل
فى هذا ان فرض المسافر ركعتان عندنا فتكون القعدة الاولى من الرباعية فرضا فى حقه وقال
الشافعى فرضه الاربع والقصر رخصة وقوله (حتى يدخل مصره) غاية لقوله قصر الفرض الرباعى
أى له أن يقصر مادام فى سفره الى أن يدخل مصره الا اذا كان لاحقا بأن اقتدى مسافر بمسافر
ثم نام فلما فرغ الامام استنبه ودخل مصره للوضوء يقصره لانه وراء الامام حكما وقال زفر يتم
كالمسبوق (او ينوى) عطف على قوله يدخل مصره أى أو أن ينوى المسافر (اقامة نصف
شهر) وهو خمسة عشر يوما (ببلدا وقرية) فحينئذ يتم وعند الشافعى اذا أقام أربعة ايام يتم
والتقييد بهما يؤذن بأنه لا تصح نية الاقامة فى المفازة هذا اذا سار ثلاثة أيام فصاعدا وأما اذا
لم يسر ثلاثة أيام فلا يشترط أن تكون الاقامة فى بلد أو قرية بل تصح ولو فى المفازة (لا) يتم اذا نوى
الاقامة (بمكة ومنى) لان الاقامة لا تكون فى مكانين الا اذا نوى أن يقيم فى الليل فى أحدهما

فيصير مقيما بدخوله فيه هذا اذا كان كل منهما أصلا بنفسه كما ذكروان كان أحدهما تبعا للآخر بأن كان في قرية قريبة من المصر بحيث تجب الجمعة على سكانها فانه يصير مقيما فيهما بدخول أحدهما ايهما كان (وقصر) المسافر صلاته (ان نوى) الاقامة (اقل منه) أي من نصف شهر وعند الشافعي ومالك ان نوى اقامة أربعة أيام غير يومي الدخول والخروج يصير مقيما وعند احمد ان نوى اقامة مدة يصلي فيها أكثر من عشرين صلاة يتم والا فلا (اولم ينو) شيأ بالكلية بل قال حين دخل بلدا غدا أخرج وبعد غد أخرج (وبقي) على ذلك (سنين) لعدم النية (اونوى عسكر ذلك) أي نصف شهر (بأرض الحرب) وهو معطوف على ما قبله يعني ان عسكر المسلمين اذا نزلوا بدار الحرب ونووا الاقامة خمسة عشر يوما يقصرون أيضا (وان) كانوا (حاصروا مصرا) من أمصارهم لان حالهم متردد بين الهزم والانهزام فلم تصادف النية محلها وقال زفر يصيرون مقيمين لصحة النية وهو رواية عن أبي يوسف (اوحاصروا) معطوف على ما قبله أيضا أي أو حاصر المسلمون (اهل البغي) وهم المسلمون الذين خرجوا عن طاعة الامام (في دارنا) أي في دار الاسلام (في غيره) أي في غير مصر من أمصار المسلمين لما ذكرنا وعند زفر تصح نيتهم للاقامة أيضا وعن أبي يوسف تصح اذا كانوا في بيوت المدر وكذلك الخلاف اذا حاصروهم في البحر واما اذا حاصروهم في مصر من امصار المسلمين تصح نيتهم للاقامة بلا خلاف (بخلاف اهل الاخبية) فان نية الاقامة تصح منهم في الاصح وان كانوا في المفازة وهي جمع خباء وهو بيت الشعر وهم العرب والتركمان الذين ينزلون في بيوت الشعر ويرحلون من أرض الى أرض فاذا نزلوا في أرض فيها مرعى وماء ونووا الاقامة خمسة عشر يوما يتمون لان الاقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى بخلاف العسكر (وان اقتدى مسافر بمقيم في الوقت صح) اقتداؤه (واتم) صلاته مع الامام لانه تغير فرضه الى أربع لصحة الاقتداء وان افسده يصلي ركعتين لان لزوم الاربع للمتابعة وقد زالت بخلاف ما لو اقتدى به بنية النفل ثم افسده حيث يلزمه الاربع بالشروع (و) ان اقتدى (بعده) اى بعد خروج الوقت (لا) يصح اقتداؤه بالمقيم لان فرضه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة ان اقتدى في الشفع الاول وفي حق القراءة والتحريمة في حق الثاني (وبعكسه) اى وبعكس ما ذكروهو اقتداء المقيم بالمسافر (صح فيهما) اى في الوقت وبعده اذا اتفق الفرضان لانه يكون اقتداء متنفل بمفترض في حق القعدة فان سلم المسافر يتم المقتدي صلاته ثم الاصح انه لا يقرأ فيما بقي لانه كاللاحق وقيل يقرأ كالمسبوق (ويبطل الوطن الاصلي) وهو مولد الانسان او البلدة التي تأهل فيها (بمثله) اى بالوطن الاصلي لان الشئ يبطل بمثله حتى لو انتقل من وطنه الاصلي وتوطن ببلد آخر بأهله وعياله ثم سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطناله كمكة للنبي صلى الله عليه وسلم (لا) يبطل الوطن الاصلي بانشاء (السفر) لانه دونه ولا يبطل الوطن الاصلي بوطن الاقامة ايضا (و) يبطل (وطن الاقامة) وهو الموضع الذي ينوي المسافر ان يقيم فيه خمسة عشر يوما فصاعدا (بمثله) اى بوطن الاقامة لانه مثله (و) بانشاء (السفر) ايضا لانه ضده (و) بالوطن (الاصلي) أيضا لانه فوقه والاصل فيه ان الفسخ يجوز بالمثل وبما فوقه لا بما دونه وقد عرفت ان الاوطان ثلاثة أصلي ووطن اقامة ووطن السكنى وهو ما يكون بنية الاقامة

اقل

اقل من خمسة عشر يوما فالاول ينتقض بمثله ولا يبطل بالآخرين ولا بالسفر والثانى يبطل بالاول وبالثانى وبالسفر والثالث يبطل بالكل والسفر ولم يعتبر المحققون وطن السكنى وهو الصحيح لان حكم السفر فيه باق فلم يصر وطنا فكيف يترتب عليه الانتقاض ولهذا لم يذكره الشيخ رحمه الله قلت له فائدة تظهر فى رجل خرج من مصره الى قرية لحاجة ولم يقصد السفر ونوى أن يقيم فيها أقل من خمسة عشر يوما فانه يتم فيها لانه مقيم ثم خرج من القرية لا للسفر ثم بدا له ان يسافر قبل أن يدخل مصره وقبل أن يقيم ليلة فى موضع آخر فسافر فانه يقصر ولو مر بتلك القرية ودخلها أتم لانه لم يوجد ما يبطله مما هو فوقه أو مثله (وفائتة السفر) وفائتة (الحضر تقضى ركعتين و) تقضى (اربعا) وفيه لف ونشر لان قوله ركعتين يرجع الى فائتة السفر وقوله أربعا يرجع الى فائتة الحضر وذلك لان القضاء يحكى الاداء (والمعتبر فيه) أى فى الحكم المذكور وهو وجوب الاربع او الركعتين (آخر الوقت) فان كان فى آخر الوقت مسافرا وجب عليه ركعتان وان كان مقيما وجب عليه أربع وكذلك حكم الحيض والطهر والبلوغ والاسلام ثم آخر الوقت يعتبر بقدر التحريمة عندنا وعند زفر بقدر ما يتمكن من اداء الصلاة فيه حتى انه اذا سافر فى آخر الوقت وبقى منه قدر ما يتمكن من أن يصلى فيه ركعتين قصر عنده وان بقى أقل منه اتم وعلى هذا الباقى والاصل أصولى (والعاصى) مثل قاطع الطريق والسارق والباغى والخارجى والعبد الآبق (كغيره) من المطيعين فى الترخص برخص المسافرين لاطلاق النصوص وقال الشافعى سفر المعصية لا يفيد الترخص وبه قال مالك واحمد (وتعتبر نية الاقامة والسفر من الاصل) كالامير والزوج والمولى (دون التبع كالمرأة) فانها تبع لزوجها (والعبد) فانه تبع لمولاه (والجندى) فانه تبع لاميره وكذلك الاجير تبع للمستأجر والتلميذ تبع للاستاذ والاسير لمن أسره والمكره تبع للمكره ثم المرأة انما تكون تبعا للزوج اذا أوفاها مهرها المعجل والجندى انما يكون تبعا اذا كان يرتزق من الامير فاذا كان مضافا اليه لا يكون تبعا والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان احكام (الجمعة) *

وهى مشتقة من الاجتماع لاجتماع الناس فيه وكان اسمها فى الجاهلية العروبة وقيل أول من سماها جمعة كعب بن لؤى ويسمى يوم المزيد لتزايد الخيرات فيه أو لتزايد الثواب وقد يطلق عليه العيد أيضا كما جاء فى عبارات المتقدمين (شرط ادائها) أى اداء صلاة الجمعة (المصر فلا تجوز فى قرية ولا مفازة لقول على رضى الله عنه لا جمعة ولا تشريق ولا صلاة فطر ولا اضحى الا فى مصر جامع (وهو) اى المصر أى حده (كل موضع له امير) يحرس الناس ويمنع المفسدين ويقوى أحكام الشرع (وقاض ينفذ الاحكام) الشرعية (ويقيم الحدود) فيرجم المحصن الزانى ويجلد غير المحصن ويقطع السارق ويحد القاذف وشارب الخمر ويحكم بالقود والدية ونحوها وهذه رواية عن أبى يوسف وهى اختيار الكرخى وعنه هو كل موضع يكون فيه كل محترف ويوجد فيه جميع ما يحتاج الناس اليه فى معايشهم وفيه فقيه يفتى وقاض يقيم الحدود وعنه انهم لو اجتمعوا فى أكبر مساجدهم لا يسعهم وقيل يوجد فيه عشرة آلاف مقاتل وقيل أن يكون بحال أن يعيش فيه كل محترف بحرفته من سنة الى سنة من غير أن يشتغل بحرفة اخرى وعن محمد كل موضع مصره الامام فهو مصر حتى لو ولى فى قرية نائبا لاقامة الحدود والقصاص

يصير مصرا فاذا عزله يلتحق بالقرى وقال ابو حنيفة كل بلدة يكون فيها سكك واسواق وبها رساتيق ووال ينصف المظلوم من ظالمه وعالم يرجع اليه فى الحوادث وهو الاصح وقال الشافعى تجب على أهل كل قرية فيها أربعون رجلا احرارا بالغون مقيمون لا يظعنون صيفا ولا شتاء الا ظعن حاجة لحديث ابن عباس أول جمعة جمعت بعد جمعة فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مسجد عبد القيس بجواثا قرية من قرى البحرين ولنا ما رويناه وجواثا اسم لحصن قاله الجوهرى وقال صاحب المبسوط هى المدينة والمدينة تسمى قرية قال الله تعالى على رجل من القريتين عظيم وهما مكة والطائف (اومصلاه) عطف على المصر أى او مصلى المصر مثل مصلى العيد والحكم غير مقصور على المصلى بل يجوز فى جميع افنية المصر لانها بمنزلة المصر واختلف فى تقدير الافنية فبعضهم قدرها بميل وبعضهم بميلين وقيل بفرسخين وقيل بغلوة وقيل بمنتهى حد الصوت اذا صاح فى المصر أو أذن مؤذن فمنتهى صوته فناء المصر (ومنى مصر) فيجوز اقامة الجمعة فيها عندهما اذا كان الامام أمير الحجاز أو الخليفة لا أمير الموسم لانه يلى أمور الحج لا غير وقال محمد لا يجوز لانها من القرى ولهما انها تمصر فى أيام الموسم وفيها ابنية ودور وسكك وهذا يشير الى انها لا تجوز فى غير أيام الموسم لانها لا تبقى مصرا بعدها وقيل تجوز لانها من فناء مكة قلت هذا انما يستقيم على قول من قدر الفناء بفرسخين لان بينهما فرسخين ومنى مقصور موضع بمكة مذكر يصرف قاله الجوهرى قلت ينبغى أن لا يصرف للعلمية والتأنيث واشتقاقها من منيت اذا قدرت سميت بذلك لوقوع الاقدار فيها على الهدايا (لا عرفات) أى عرفات ليست بمصر لانها فضاء ولا من فناء مكة لان بينهما أربعة فراسخ وهى علم للموقف سمى بجمع كاذرعات ولكنها منصرفة كمسلمات لان الالف والتاء تمنع تقدير تاء التأنيث فيها والتى فيها ليست للتأنيث انما هى مع الالف علامة جمع المؤنث سميت بذلك لانها وصفت لابراهيم عليه السلام فلما أبصرها عرفها وقيل التقى فيها آدم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه فتعارفا وقيل غير ذلك (وتؤدى) الجمعة (فى مصر) واحد (فى مواضع) متعددة عند أبى حنيفة فى الصحيح وهو قول محمد والشافعى ومالك وعن ابى حنيفة لا تجوز الا فى موضع واحد وهو قول عن الشافعى وعن أبى يوسف لا تجوز فى موضعين الا أن يكون بينهما نهر فاصل كبغداد وسمرقند وهو قول أحمد وقوله (والسلطان أو نائبه) بالرفع عطف على قوله المصر أى وشرط أدائها أيضا السلطان أو نائبه وقال الشافعى لا يشترط ذلك كسائر الفرائض ولنا قوله عليه السلام من تركها استخفافا بها وله امام عادل أو جائر فلا جمع الله شمله شرط فيه أن يكون له امام وتجوز خلف المتغلب الذى لا منشور له من الخليفة اذا كانت سيرته فى رعيته سيرة الامراء (و) شرط أدائها ايضا (وقت الظهر) لانه عليه السلام كان يصليها بعد الزوال وعند احمد تجوز قبله ثم فرع عليه بالفاء بقوله (فتبطل) الجمعة (بخروجه) أى بخروج وقت الظهر وهو فيها ولا يبنيه عليها لاختلاف الصلاتين خلافا لمالك والشافعى (و) شرط ادائها ايضا (الخطبة) الكائنة (قبلها) أى قبل صلاة الجمعة حتى لو صلوا بلا خطبة أو خطبوا قبل الزوال لم يجز (وتسن خطبتان بجلسة) كائنة (بينهما) أى بين الخطبتين ومقدارها أن يستقر كل عضو منه فى موضعه يحمد فى الاولى ويتشهد ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ويعظ الناس وفى الثانية كذلك الا أنه يدعو مكان الوعظ كذا جرى

التوارث والباء فى (بطهارة) تتعلق بقوله تسن والاظهر أن تتعلق بمحذوف تقديره يخطب
بطهارة حال كونه (قائما) للنقل المستفيض هكذا فلو خطب قاعدا أو محدثا أو لم يفصل بينهما
جاز ويكره ويستحب اعادتها اذا كان جنبا وقالت الثلاثة لا يجوز فى الكل لانها قائمة مقام
الركعتين وعندنا لا تقوم مقامهما على الاصح لانها تنافى الصلاة لما فيها من استدبار القبلة
والكلام فلا يشترط لها ما يشترط للصلاة (وكفت) فى الخطبة (تحميدة) أى قوله الحمد لله
(أو تهليلة) أى قوله لا اله الا الله (او تسبيحة) اى قوله سبحان الله لاطلاق قوله تعالى فاسعوا
الى ذكر الله وقال أبو يوسف ومحمد لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة وأقله قدر قراءة التشهد
لان ما دون ذلك لا يسمى خطبة وقال الشافعى لا بد من خطبتين وقوله (والجماعة) بالرفع عطف
على قوله والخطبة أى وشرط ادائها أيضا الجماعة لانها مشتقة منها والاجماع على انها لا تصح
للمنفرد (وهم) أى الجماعة (ثلاثة) أنفس سوى الامام عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف
اثنان سوى الامام وعند الشافعى أقلهم أربعون رجلا كما ذكرنا ثم فرع على هذا بالفاء بقوله
(فان نفروا) أى الجماعة أى هربوا (قبل سجوده) اى سجود الامام وذلك بعد أن أحرموا معه
(بطلت) الجمعة عند أبى حنيفة وقالا لا تبطل ولو نفروا بعد السجود لا تبطل خلافا لزفر والاصل
فيه ان الجماعة شرط تأكد العقد بالسجدة عنده وعندهما للشروع وعند زفر للاداء ولا يعتبر
بقاء النساء والصبيان بخلاف العبيد والمسافرين (والاذن العام) بالرفع عطف على المرفوعات
قبله أى وشرط ادائها أيضا الاذن العام من الامام وهو أن يفتح أبواب الجوامع و يأذن
للناس حتى لو اجتمعت جماعة فى الجامع واغلقوا الباب وجمعوا لم يجز ذلك وكذا السلطان
اذا أغلق باب قصره وصلى بأصحابه لم يجز لعدمه وان فتح باب قصره وأذن للناس بالدخول فيه
يجوز و يكره لانه لم يقض حق المسجد الجامع (وشرط وجوبها) أى وجوب الجمعة (الاقامة)
فلا تجب على المسافر (والذكورة) فلا تجب على النساء (والصحة) فلا تجب على المريض
(والحرية) فلا تجب على العبد اتفاقا واختلف فى المكاتب والعبد المأذون والعبد الذى
حضر باب الجامع ليحفظ دابة مولاه (وسلامة العينين) فلا تجب على الاعمى وان أصاب قائدا
يمشى معه عند أبى حنيفة خلافا لهما (و) سلامة (الرجلين) فلا تجب على المقعد أو مقطوع
الرجلين (ومن لا جمعة عليه) مثل المسافر والمرأة والعبد والمريض والمختفى من السلطان الجائر
والشيخ الفانى ونحوهم (ان) حضر الجمعة و (اداها جاز) اداؤه (عن فرض الوقت) وأغنى
عن الظهر لان السقوط للتخفيف فاذا تحمله جاز عن فرض الوقت كالمسافر اذا صام (وللمسافر
والعبد والمريض ان يؤم فيها) أى فى الجمعة وقال زفر لا يجوز والتعليل ما مر (وتنعقد) الجماعة
للجمعة (بهم) أى بالمذكورين حتى لو لم يحضر غيرهم جازت الجمعة خلافا للشافعى رحمه الله
(ومن لا عذر له) وهو الصحيح المقيم الحر (لو صلى) صلاة (الظهر قبلها) أى قبل صلاة الجمعة
(كره) ما صلى وقال زفر والثلاثة لا يجوز وهذا مبنى على ان الاصل عندهم هو الجمعة وعندنا
هو الظهر الا انه مأمور باسقاطه بالجمعة فيكون بتركه مسيئا فيكره ثم فرع على هذا الاصل بالفاء
بقوله (فان سعى) اى الذى صلى الظهر مثلا (اليها) أى الى الجمعة (بطل) اى ظهره عند ابى
حنيفة بمجرد السعى لانه من خصائصها فله حكمها وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام وفى رواية

حتى يتمها حتى لو أفسدها بعد ما شرع فيها لا يبطل ظهره لان السعي اليها دونه فلا يبطل به الظهر هذا اذا كان الامام في الصلاة بحيث يمكنه ان يدركها أو لم يشرع فيها بعد واقامها بعد السعي وأما اذا كان قد فرغ منها أو كان سعيه مقارنا لفراغه أو لم يقمها الامام لعذر أو لغيره فلا يبطل والمعتبر في ذلك الانفصال عن داره حتى لا يبطل قبله على المختار ولو كان الامام فيها وقت الانفصال ولكنه لا يمكنه أن يدركها لبعد المسافة لا يبطل عند العراقيين وعند مشايخ بلخ تبطل (وكره للمعذور) مثل المريض (والمسجون) في الحبس (اداء الظهر بجماعة) يوم الجمعة (في المصر) سواء كان قبل فراغ الامام أو بعده يروى ذلك عن علي رضي الله عنه بخلاف أهل السواد (ومن ادركها) أي الجمعة حال كون الامام (في التشهد او) في (سجود السهو اتم) هذا المدرك (جمعة) عندهما وقال محمد ان أدرك أكثر الركعة الثانية مع الامام أتم جمعة وان أدرك أقلها أتم ظهرا لانه جمعة من وجه وظهر من وجه لفوات بعض الشروط في حقه فيصلي أربعا اعتبارا للظهر ويقعد على رأس الركعتين لا محالة اعتبارا للجمعة ولهما قوله عليه السلام فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا أمر بقضاء ما فاته وهو الذي صلى الامام قبل الاقتداء به لا صلاة اخرى (واذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام) هذا لفظ الحديث ومعنى خرج اذا صعد على المنبر وهذا عند أبي حنيفة لظاهر الحديث من غير فصل وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج قبل أن يخطب واذا نزل قبل أن يكبر واختلفا في جلوسه اذا سكت فعند أبي يوسف يباح له خلافا لمحمد وعند الشافعي يأتي بالسنة وتحية المسجد ورد السلام (ويجب السعي) الى الجمعة (وترك البيع بالاذان الاول) اذا وقع بعد الزوال وقيل يجب بالاذان الثاني لانه لم يكن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم الا هو وقيل يجب بدخول الوقت وان لم يؤذن لها أحد ثم اذا عقد وقت الاذان ينعقد ولكنه يكره خلافا لبعض الشافعية والحنابلة (فان جلس) الامام (على المنبر اذن) يعني أذن المؤذنون (بين يديه) أي بين يدي المنبر بذلك جرى التوارث ولا ينبغي أن يصلي غير الخطيب لان القصر للخطبة فلا يقيمها اثنان (واقيم) أي أوتي باقامة الجمعة (بعد تمام الخطبة) والفصل بينهما بامر الدنيا مكروه

هذا (باب) في بيان أحكام صلاة (العيدين)

أصل العيد عود قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها سمي به لانه يعود كل سنة ويجمع على اعياد ليفرق عن اعواد جمع عود يعني آلة اللهو والعود بمعنى الخشبة يجمع على عيدان فافهم (تجب صلاة العيد) في الاصح وقيل تسن وبه قال الشافعي ومالك وعن أحمد فرض كفاية (على من تجب عليه الجمعة) فلا تجب على المسافر والعبد والمريض والمرأة وقوله (بشرائطها) يتعلق بقوله تجب أي تجب بشرائط الجمعة من شروط الاداء وهي المصر أو مصلاه والسلطان أو نائبه وشروط الوجوب وهي الاقامة والذكورة والصحة والحرية وسلامة العينين والرجلين وشروط الجواز وهي الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت والنية (سوى الخطبة) فانها ليست بشرط في العيد بخلاف الجمعة (وندب) اي استحب (في) عيد (الفطر أن يطعم) بفتح الياء والعين

أي يأكل قبل الخروج الى المصلى تمرات ثلاثا أو خمسا أو سبعا أو أقل أو أكثر بعد أن يكون وترا والاشبأ من أي حلو كان بذلك ورد الاثر (و) ندب أيضا أن (يغتسل و) أن (يستاك و) أن (يتطيب و) أن (يلبس أحسن ثيابه) لانه يوم اجتماع وسرور (و) أن (يؤدى صدقة الفطر) لحديث ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بزكاة الفطر أن نؤديها قبل خروج الناس الى الصلاة (ثم يتوجه الى المصلى) وهو الموضع الذى يجتمع فيه الناس مع الامام لصلاة العيد ويسمى جبانة حال كونه (غير مكبر) جهرا فى الطريق بل مكبرا خفية عند أبى حنيفة لان الاصل فى الثناء الاخفاء الا ماخصه الشارع كيوم الاضحى وقالا يجهر به لان ابن عمر رضى الله عنهما كان يرفع صوته بالتكبير (ومتنفل) بالجر عطفا على مكبر أى وغير متنفل (قبلها) أى قبل صلاة العيد فان قلت فعلى ماذكرت هذه أيضا حال فكيف يتصور التنفل وعدمه فى حالة التوجه قلت هو من الاحوال المقدرة التى تسمى حالا منتظرة ثم التنفل فى المصلى قبل الصلاة مكروه عندنا خلافا للشافعى واختلف فى البيت قبل الصلاة وبعدها فى المصلى فالعامة على الكراهة قبل الصلاة مطلقا وبعدها فى المصلى (ووقتها) أى وقت صلاة العيد (من ارتفاع الشمس) أى ابيضاضها (الى زوالها) أى زوال الشمس عن كبد السماء وقال الشافعى وقتها طلوع الشمس ويستحب تأخيرها (ويصلى) الامام بالناس (ركعتين) حال كونه (مثنيا) أى آتيا بالثناء وهو سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره خلافا للشافعى ومالك (قبل التكبيرات (الزوائد وهى) أى الزوائد (ثلاث) تكبيرات (فى كل ركعة ويوالى) من الموالاة وهى المتابعة (بين القراءتين) بأن يكبر للافتتاح ثم يستفتح ثم يكبر ثلاثا قبل الشروع فى القراءة ثم اذا قام الى الثانية يقرأ فاذا فرغ منها يكبر ثلاثا ثم يكبر للركوع وهو قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وبه أخذ أصحابنا وعند ابن عباس رضى الله عنهما يكبر خمسا بعد التكبيرة الاولى قبل القراءة ثم يكبر خمسا أخرى على رأس الركعة الثانية قبل القراءة فتصير الزوائد عنده عشرة وبالاصول ثنتى عشرة وفى رواية عنه ثلاث عشرة تكبيرة يعنى مع الاصول والشافعى أخذ بقوله ولكن حمل ماروى عنه كله على الزوائد فصارت الجملة عنده مع الثلاثة الاصول خمس عشرة أوست عشرة وعند مالك وأحمد فى الاولى ست وفى الثانية خمس وظهر عمل العامة اليوم على قول ابن عباس لان بنيه الخلفاء كانوا يأمرون بذلك (ويرفع يديه فى الزوائد) لقوله عليه السلام لاترفع الايدى الافى سبع مواطن وذكر منها تكبيرات العيد ويسكت بين كل تكبيرتين بقدر ثلاث تسبيحات لانها تقام بجمع عظيم وبالموالاة تشتبه على من كان نائيا (ويخطب) الامام (بعدها) أى بعد الصلاة (خطبتين) بجلسة بينهما (يعلم فيها) أى فى خطبة صلاة عيد الفطر (أحكام صدقة الفطر) هل هى سنة أم واجبة وكيف يخرج وممّ يخرج ونحو ذلك ولو خطب قبلها يجوز ويكره لمخالفته السنة (ولم تقض) صلاة العيد (ان فاتت مع الامام) بأن صلاها الامام مع الجماعة ولم يصلها هو لايقضيها فى الوقت ولا بعده لانها شرعت بشرائط لاتتم بالمنفرد (وتؤخر) صلاة عيد الفطر (بعذر) بأن غم عليهم الهلال وشهدوا بالهلال عند الامام بعد الزوال أو قبله بحيث لايمكن جمع الناس قبله أو صلاها فى غيم فظهرت أنها وقعت بعد الزوال فبهذه الاعذار تؤخر (الى الغد) ولا تؤخر الى مابعد الغد أشار اليه بقوله (فقط) وعند الشافعى أنه يؤخر الى

مابعد الغد أيضا (وهى) أى الاحكام المذكورة فى صلاة عيد الفطر من الشروط والمندوبات هى (أحكام الاضحى) أيضا (لكن هنا) أى فى عيد الاضحى (يؤخر الاكل عنها) أى عن الصلاة لورود الاثر بذلك هذا فى حق من يضحى ليأكل من أضحيته أولا أمّا فى حق غيره فلا بأس أن يأكل قبلها (ويكبر فى الطريق) أى فى طريق المصلى (جهرا) لما ذكرنا وانتصابه على الحالية أى جاهرا أو على أنه صفة مصدر محذوف (ويعلم) الناس أحكام (الاضحية وتكبير التشريق) هل هما واجبان أم سنتان وكيف يضحى وممَ يضحى ومتى يضحى وكيف يكبر ومتى يكبر ونحو ذلك وقوله (فى الخطبة) يتعلق بقوله ويعلم (وتؤخر) صلاة الاضحى (بعذر الى ثلاثة أيام) لانها أيام عيد وأضحية فتجوز الصلاة فيها ولا تؤخر بعد ذلك ثم العذر ههنا لنفى الكراهة حتى لو أخرها ثلاثة أيام من غير عذر جازت الصلاة وقد أساء وفى الفطر للجواز حتى لو أخرها الى الغد من غير عذر لا تجوز (والتعريف) وهو أن يجتمع الناس يوم عرفة فى بعض المواضع تشبيها بالواقفين بعرفة (ليس بشئ) وعن أبى يوسف ومحمد فى غير رواية الاصول أنه لا يكره لما روى عن ابن عباس أنه فعل ذلك بالبصرة وما يفعله أهل بيت المقدس وأهل الجامع الازهر بمصر يحمل على هذا والظاهر أنه مكروه لانّ الوقوف عرف عبادة مختصة بالمكان المعين فلا يكون عبادة فى غيره كسائر المناسك وفعل ابن عباس يحتمل أن يكون خرج لاجل الاستسقاء ونحوه لا للتشبه بأهل عرفة (ويسنّ) تكبير التشريق وقيل يجب وهو الاصح (بعد فجر) يوم (عرفة) هذا ابتداؤه عندنا وهو قول كبار الصحابة كعمر وعلىّ وابن مسعود رضى الله عنهم وقال شبانهم كعبد الله ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم يبدأ بعد صلاة الظهر من أوّل أيام النحر وبه أخذ الشافعى ومالك وأمّا انتهاؤه فعند أبى حنيفة (الى ثمان) صلوات فيكون آخره صلاة العصر من يوم النحر وهو قول ابن مسعود وعندهما آخره صلاة العصر من آخر أيام التشريق وهى ثلاث وعشرون صلاة وهو قول علىّ رضى الله عنه وقال الشافعى آخره بعد صلاة الفجر من آخر أيام التشريق وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما وسنّ ذلك (مرّة) واحدة فان زاد عليها يكون فضلا وقوله (الله أكبر الى آخره) بدل من الضمير المستتر فى قوله يسنّ أو فاعل لقوله يسنّ بتقدير القول لانّ الجملة لا تقع فاعلا فالتقدير يسن قول الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد وقال الشافعى يقول ثلاث مرّات الله أكبر اذ المنصوص عليه ذلك فلا يزاد عليه وانما ماهو المأثور عن الخليل صلوات الله وسلامه عليه والباء فى قوله (بشرط) تتعلق بقوله يسنّ أى يسنّ التكبير بشرط (اقامة) فلا تجب على مسافر (ومصر) فلا تجب على أهل القرى (ومكتوبة) أى صلاة فرض فلا تجب على المتنفل (وجماعة) فلا تجب على المنفرد وانما وصف الجماعة بقوله (مستحبة) احترازا عن جماعة النساء فانّ المرأة لا يجب عليها التكبير وان صلت مع الجماعة لانّ جماعتهنّ مكروهة وهذا كله عند أبى حنيفة وقالا انه تبع للمكتوبة فيجب على كل من تجب عليه المكتوبة وبه قال الشافعى وله قول علىّ رضى الله عنه لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى الا فى مصر جامع والمراد بالتشريق تكبير أيام التشريق وقد أسند الشيخ هذا الى النبىّ صلى الله عليه وسلم وليس بصحيح وانما هو كلام علىّ رضى الله عنه ولكنه يحمل على السماع (وبالاقتداء يجب) التكبير (على المرأة والمسافر) للتبعية غير أنّ المرأة لا ترفع صوتها

بخلاف

بخلاف المسافر لان الجهر فيه سنة وكذا يجب على المسبوق ولكن لا يكبر الا بعد ما قضى ما فاته والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الكسوف)

الكسوف للشمس والخسوف للقمر وقد يستعمل الكسوف فيهما وقيل اذا ذهب بعضها فهو الكسوف واذا ذهب كلها فهو الخسوف (يصلي ركعتين كالنفل) أي كهيئة النفل لكل ركعة ركوع وسجدتان وقال الشافعي في كل ركعة ركوعان لما روت عائشة وابن عباس رضي الله عنهم أنه عليه السلام صلى صلاة كسوف الشمس ركعتين بأربع ركوعات وأربع سجدات ولنا ما روى قبيصة باسناد صحيح أنه عليه السلام صلى ركعتين فأطال فيهما القيام ثم انصرف وانجلت الحديث رواه أبو داود والاخذ بهذا أولى لموافقته الاصول ولا حجة له فيما رواه لانه قد ثبت مذهبهما بخلاف ذلك وقوله (امام الجمعة) بالرفع فاعل يصلي (بلا جهر) في القراءة وقال أبو يوسف يجهر لانه عليه السلام جهر في صلاة الكسوف وبه قال أحمد ولهما حديث ابن عباس وسمرة أنه عليه السلام لم يسمع منه حرف في قراءته في صلاة الكسوف وما رواه يمكن أن يكون تعليما أو اتفاقا (و) لا (خطبة) لانها لم تنقل وعن الشافعي يخطب كالجمعة (ثم يدعو) بعد الصلاة (حتى تنجلي) أي تنكشف (الشمس والا) أي وان لم يصل امام الجمعة بأن كان غائبا (صلوا) أي القوم حال كونهم (فرادى) أي منفردين ركعتين أو أربعا تفاديا عن الفتنة (كالخسوف) أي كخسوف القمر فانهم يصلون له فرادى لتعذر اجتماع الناس ليلا (والظلمة والريح) الشديدة (والفزع) أي الخوف وكالزلزلة والمطر الشديد ونحو ذلك وقد اطلق الشيخ الحكم فيهما والتفصيل فيه أن صلاة الكسوف سنة أو واجبة وصلاة الخسوف حسنة وكذا البقية والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الاستسقاء)

وهو طلب السقيا بضم السين وهو المطر (له) أي للاستسقاء (صلاة) للمنفردين (لا بجماعة) أشار بهذا الى أنها مشروعة في حق المنفرد ولكن لم يتعرض لصفة تلك الصلاة ما هي وقد اختلف فيها فعبارة القدوري ليس في الاستسقاء صلاة مسنونة بجماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وسأل أبو يوسف أبا حنيفة عنه فقال أما صلاة بجماعة فلا ولكن فيه دعاء واستغفار وان صلوا وحدانا فلا بأس به وهذا ينفي كونها سنة أو مستحبة ولكن ان صلوا وحدانا لا يكون بدعة ولا يكره فكأنه يرى اباحتها فقط في حق المنفرد وذكر صاحب التحفة وغيره أنه لا صلاة في الاستسقاء في ظاهر الرواية وهذا ينفي مشروعيتها مطلقا وقال محمد يصلي الامام أو نائبه ركعتين بجماعة كما في الجمعة وأبو يوسف معه في رواية ومع أبي حنيفة في أخرى لمحمد ما روى عبد الله بن زياد أنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يستسقي فجعل الى الناس ظهره يدعو الله واستقبل القبلة وحول رداءه وصلى ركعتين وجهر فيهما بالقراءة ولابي حنيفة ما رواه مسلم ان رجلا دخل المسجد يوم الجمعة ورسول الله صلى الله عليه وسلم قائم يخطب الناس فاستقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال يا رسول الله هلكت الاموال وانقطعت السبل

فادع الله أن يغيثنا قال فرفع رسول الله عليه السلام يديه ثم قال اللهم أغثنا اللهم أغثنا اللهم أغثنا الحديث وتأويل ما رواه أنه فعله مرة وتركه أخرى والسنة لا تثبت بمثله بل بالمواظبة ثم عند محمد يخطب بعد الصلاة كخطبة العيد وعند أبي يوسف يخطب خطبة واحدة ولا خطبة عند أبي حنيفة لانها تبع للجماعة (ودعاء) بالرفع عطف على قوله صلاة أي الاستسقاء دعاء أيضا (واستغفار) وهو طلب المغفرة (لا قلب رداء) للامام والقوم جميعا وقال مالك يقلب القوم أرديتهم وقال محمد يقلب الامام لما روى آنفا ولهما ما روينا ولانه دعاء فلا يسن فيه تغيير الثوب كسائر الادعية وما ذكر من قلبه عليه السلام رداءه كان تفاؤلا أو ليكون أثبت على عاتقه عند رفع يديه وصفته ان كان مربعا جعل أعلاه أسفله وان كان مدورا جعل الجانب الايمن على الايسر والايسر على الايمن (وحضور ذمي) بالرفع عطف على لا قلب رداء أي ولا فيه حضور ذمي وقال مالك ان حضروا لا يمنعون لان البلية عامة ولنا قوله تعالى وما دعاء الكافرين الا في ضلال والمراد من الحضور الدعاء (وانما يخرجون ثلاثة أيام) متتابعات مشاة في ثياب خلقة غسيلة خاضعين متواضعين ناكسي رؤسهم ويقدمون الصدقة في كل يوم قبل الخروج ويجددون التوبة والاستغفار ويتراضون فيما بينهم ويستسقون بالضعفة والشيوخ والصبيان

هذا (باب) في بيان أحكام (صلاة الخوف)

هي مشروعة في زماننا خلافا لابي يوسف فانه لم يجوزها بعد النبي صلى الله عليه وسلم (اذا اشتد الخوف من عدو) أي عدو كان (أو سبع) أو حية عظيمة ونحوهما (وقف الامام طائفة) وهم بعض الجماعة (بازاء العدو) للحفظ والدفع (وصلى بطائفة) أخرى (ركعة) ان كان مسافرا (و) صلى (ركعتين لو) كان (مقيما) فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الاولى ان كان مسافرا أو من الركعة الثانية ان كان مقيما قامت هذه الطائفة التي وراءه (ومضت هذه) أي الطائفة التي صلى بهم (الى) جهة (العدو) ووقفوا بازائهم موضع الطائفة الاولى (وجاءت تلك) أي الطائفة الذين كانوا تجاه العدو (فصلى بهم ما بقي) من الصلاة وهو ركعة أخرى ان كان مسافرا أو ركعتان ان كان مقيما (وسلم) الامام لانه لم يبق عليه شيء ولا تسلم الطائفة التي وراءه بل قاموا (وذهبوا اليهم) أي الى العدو ووقفوا تجاههم (وجاءت) الطائفة (الاولى) التي صلت مع الامام اما ركعة أو ركعتين ان كانوا مسافرين أو ركعتين ان كانوا مقيمين (وأتموا) صلاتهم بأن يصلوا اما ركعة أو ركعتين على ما قلنا (بلا قراءة) لانهم لاحقون (وسلموا ومضوا) الى العدو (ثم) تجيء الطائفة (الاخرى وأتموا) صلاتهم (بقراءة) لانهم مسبوقون وقال مالك يصلي بالطائفة الاخرى وينتظر لتصلي الطائفة الاولى الركعة الثانية وتسلم وتذهب الى العدو وجاءت الطائفة الثانية فيصلي بهم الركعة الثانية ثم يسلم ويقومون لقضاء الركعة الاولى وبه قال الشافعي الا أنه يقول لا يسلم الامام حتى تقضي الطائفة الثانية الركعة الاولى ثم يسلم ويسلمون معه لحديث سهل أنه عليه السلام فعل كذلك في غزوة ذات الرقاع ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام فعل كذلك والاخذ به أولى لموافقته الاصول (وصلى) الامام (في) صلاة (المغرب بالاولى) أي بالطائفة الاولى (ركعتين وبا) لطائفة (الثانية ركعة) لان الواجب التنصيف وذا ركعة ونصف والركعة الواحدة لا تتجزأ فلا تتنصف فرجحنا

الاولى لانها أسبق (ومن قاتل) من المصلين (بطلت صلاته) لان المشي والقتال عمل كثير وقال
الشافعي ان احتاج اليه لا تبطل (وان اشتد الخوف) جدا ولم يمكنهم الصلاة مع الجماعة (صلوا)
حال كونهم (ركبانا) وهو جمع راكب وحال كونهم (فرادى) أي منفردين وعن محمد انهم
أن يصلوا ركبانا بجماعة ويصلون (بالايماء) مستقبلين القبلة وان عجزوا عن التوجه الى القبلة
صلوا (الى أي جهة قدروا) للضرورة (ولم تجز) صلاة الخوف (بلا حضور عدو) لعدم الضرورة
حتى لو رأوا سوادا فظنوا أنه عدو فصلوا صلاة الخوف ثم بان انه ليس بعدو أعادوها

هذا (باب) في بيان أحكام (الجنائز)

وهو من اضافة الشئ الى سببه اذ الوجوب بحضور الجنازة وهي بالفتح الميت وبالكسر السرير
الذي يحمل عليه الميت من جنزت الشئ أجنزه اذا سترته (ولي المحتضر) أي المشارف على
الموت من احتضر اذا مات لان الوفاة أو ملائكة الموت حضرته نحو (القبلة على يمينه)
لان ما قرب الى الشئ له حكمه وفي القبر يوجه على شقه الايمن وكذا اذا قرب اليه واختار
المتأخرون الاستلقاء لانه أيسر لخروج الروح ثم اذا ألقي على قفاه يرفع رأسه قليلا ليصير وجهه
الى القبلة دون السماء وعلامة الاحتضار التواء القدمين واعوجاج الانف وانخساف
الصدغين وامتداد جلد الخصية وغور البيضة (ولقن) المحتضر (الشهادة) وهي أشهد أن لا اله
الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة أن لا اله الا الله
والمراد من قرب الى الموت وهو مجاز باعتبار ما يؤل اليه ومنهم من حمله على الحقيقة وجعل
التلقين بعد الدفن وهو مذهب الشافعي أيضا واختلف أصحابنا فيه فقيل يلقن لظاهر الحديث
وقيل لا يلقن وقيل لا يؤمر به ولا ينهى عنه ثم كيفية التلقين أن يذكر عنده كلمة التوحيد
ولا يؤمر بها (فان مات) المحتضر (شد لحياه) بمنديل ونحوه واللحيان بفتح اللام تثنية لحي وهو
منبت اللحية من الانسان وغيره (وغمض عيناه) لان فيه تحسينا ويوضع على بطنه حديد
لئلا ينتفخ كذا روي عن الشعبي (و) اذا أرادوا غسله (وضع على سرير) وهو التخت الذي
يغسل عليه فان لم يوجد فعلى لوح أو حجر مرتفع ليمكن غسله وتقليبه (مجمر) بالجر صفة للسرير
أي مبخر بعود ونحوه وذلك لازالة الرائحة الكريهة وهذا يدل على أن السرير يجمر قبل وضع
الميت عليه وقيل يفعل هذا عند ارادة غسله اخفاء للرائحة الكريهة وقوله (وترا) صفة لمصدر
محذوف تقديره تجميرا وترا وكيفيته أن يطاف بالمجمر حوالي السرير اما مرة أو ثلاثا أو خمسا
ولا يزاد عليها والايتار لقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر (وتستر عورته) الغليظة ويترك
فخذاه مكشوفين في ظاهر الرواية وفي النوادر يستر من السرة الى الركبة وقيل هو الصحيح
فلذلك أطلق الشيخ (وجرد) عن ثيابه وقال الشافعي يغسل في قميصه لانه عليه السلام غسل
في قميصه ونحن اعتبرناه بحال الحياة وما رواه كان مخصوصا به (ووضئ) وضوأ شرعيا
(بلا مضمضة واستنشاق) لتعذر اخراج الماء من فيه وأنفه وقال الشافعي يمضمض ويستنشق
ولا يؤخر غسل رجليه بخلاف حال الحياة ويستنجي عندهما خلافا لابي يوسف واختلف
في مسح رأسه والصحيح أنه يمسح والصبي الذي لا يعقل الصلاة لا يوضأ (وصب عليه ماء مغلى)
يعني قد أغلي (بسدر أو حرض) بضم الحاء المهملة وسكون الراء وهو الاشنان لان ذلك أبلغ

للتنظيف (والا) أى وان لم يكن سدر أو أشنان (فالقراح) بفتح القاف أى فالماء الخالص ولكنه يسخن لانه أبلغ فى التنظيف (وغسل رأسه ولحيته بالخطمى) بكسر الخاء وهو نبت مشهور ولانه أبلغ فى استخراج الوسخ وان لم يكن فبالصابون ونحوه هذا اذا كان على رأسه شعر (وأضجع على يساره فيغسل حتى يصل الماء الى ما يلى التخت منه) أى التخت من الميت بالخاء المهملة ويجوز بالخاء المعجمة فيكون المراد منه السرير (ثم) أضجع (على يمينه كذلك) أى يغسل الى أن يصل الماء الى ما يلى التخت منه (ثم أجلس) أى يجلسه الغاسل حال كون الميت (مسندا) على صيغة المفعول (اليه) أى الى الغاسل (ومسح بطنه) مسحا (رفيقا) حتى لو بقى شئ يسيل فلا تتلوث أكفانه (وما) أى الذى (خرج منه) أى من بطنه بالمسح (غسله) أى غسل موضعه الغاسل (ولم يعد غسله) لانه عرف مرة بالنص ولا يعاد وضوءه أيضا خلافا للشافعى (ونشف) بعد الفراغ من غسله (بثوب) كما فى حال الحياة (وجعل الحنوط على رأسه ولحيته) لورود الاثر بذلك والحنوط بفتح الحاء عطر مركب من أنواع الطيب ولا بأس بسائر الطيب غير الورس والزعفران فى حق الرجال دون النساء (و) يجعل (الكافور على مساجده) وهو جمع مسجد بفتح الجيم موضع السجود وهى جبهته وأنفه وركبتاه وقدماه لانه كان يسجد بهذه الاعضاء فتختص بزيادة الكرامة قيل فى تخصيص الكافور وأن الديدان تهرب من رائحته ولا بأس أن يجعل القطن على وجهه وأن تحشى به مخارقه كالدبر والقبل والاذنين والفم (ولا يسرح شعره ولحيته) لان ذلك زينة الاحياء خلافا للشافعى قال الشارح قوله ولحيته تكرار محض فلا فائدة فيه لان قوله ولا يسرح شعره يتناول جميع شعر بدنه قلت لو لم يذكر لحيته ربما يظن ظان أن لحيته تسرح لانه اذا قيل لا يسرح شعره لا يتبادر الذهن الى لحيته لكونها مخصوصة باسم (ولا يقص ظفره وشعره) لان ذلك زينة الاحياء خلافا للشافعى (وكفنه) أى كفن الرجل (سنة) أى من حيث السنة (ازار) وهو ما يؤتزر به من الفرق الى القدم (وقميص) وهو من أصل العنق بلا جيب ولا دخريص ولا كمين الى القدم (ولفافة) وهى ما يلتف به وهى أيضا من الفرق الى القدم وقال الشافعى يكفن فى ثلاث لفائف ليس فيها قميص لقول عائشة رضى الله عنها كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة أثواب بيض يمانية سحولية ليس فيها عمامة ولا قميص وبه قال أحمد وعن مالك قميص وعمامة ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة أثواب قميصه الذى مات فيه وحلة نجرانية والحلة ثوبان وبينهما معارضة والحال أكشف للرجال لحضورهم دون النساء (وكفاية) بالنصب عطف على قوله سنة أى ومن حيث الكفاية (ازار ولفافة) بلا قميص وقيل قميص ولفافة والاول أصح ولم يذكر كفن الضرورة لانه لا يصار اليه الا عند العجز وهو الاقتصار على ما وجد (ولف) الكفن (من يساره) أى من يسار الميت (ثم) من (يمينه) اعتبارا بحال الحياة وصفته أن تبسط اللفافة ثم يبسط عليها الازار ثم يوضع الميت على الازار ثم يقمص ثم يعطف الازار عليه من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك (وعقد) الكفن (ان خيف انتشاره) صونا عن الكشف (وكفنها) أى كفن المرأة (سنة) أى من حيث السنة (درع) أى قميص (وازار وخمار) بالكسر وهو ما يخمر به الرأس أى يغطى (ولفافة وخرقة تربط بها ثدياها) وعرضها ما بين الثدى الى السرة

وقيل ما بين الثدي الى الركبة (وكفاية) أي من حيث الكفاية (ازار ولفافة وخمار) ويكره الاقتصار على ثوبين وكذا للرجل على ثوب واحد الا للضرورة (وتلبس) المرأة (الدرع أولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم) يوضع (الخمار فوقه) أي فوق الدرع (تحت اللفافة) اعتبارا بحال الحياة عند المصيبة وعند الشافعي يجعل شعرها ثلاث ضفائر ويلقى خلف ظهرها (وتجمر الاكفان أولا) أي قبل أن يدرج الميت فيها تجميرا (وترا) واحدة أو ثلاثا أو خمسا ولا يزاد على ذلك وجميع ما يجمر به الميت ثلاثة مواضع عند خروج روحه وعند غسله وعند تكفينه ولا يجمر خلفه لقوله عليه السلام لا تتبع الجنازة بصوت ولا نار وكذا يكره في القبر

* هذا (فصل) في بيان أحكام الصلاة على الميت (السلطان أحق بصلاته) أي بالصلاة على الميت نص عليه أبو حنيفة بقوله الخليفة أولى ان حضر فان لم يحضر فامام المصر وهو سلطانها وبعده القاضي وبعده صاحب الشرط وبعده خليفة الوالي وبعده خليفة القاضي وبعد هؤلاء امام الحي فان لم يحضروا فالاقرب من ذوي قرابته أولى وذكر في الاصل أن امام الحي أولى وقال أبو يوسف ولي الميت أولى بها وفي جوامع الفقه امام المسجد الجامع أولى من امام الحي وقال الشافعي الولي مقدم على الوالي (وهي) أي الصلاة على الجنازة (فرض كفاية) فاذا قام بها البعض سقط عن الباقين (وشرطها) أي شرط الصلاة عليه (اسلام الميت) لقوله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات أبدا يعني المنافقين وهم الكفرة (و) شرطها (طهارته) أي طهارة الميت لان له حكم الامام ولهذا يشترط وضعه أمام القوم حتى لا تجوز الصلاة عليه لو وضعوه خلفهم (ثم القاضي) أحق (ان حضر ثم امام الحي) وهو امام مسجد حارته (ثم الولي) على ترتيب العصبات والانكاح لكن اذا اجتمع أبو الميت وابنه كان الاب أولى وقيل هذا قول محمد وعندهما الابن أولى بناء على اختلافهم في ولاية الانكاح والمكاتب أولى بالصلاة على عبيده وأولاده ولو مات العبد وله ولي حر فالمولى أولى على الاصح وكذلك المكاتب اذا مات ولم يترك وفاء ولو ترك وفاء فأديت الكتابة كان الولي أولى وكذا اذا كان المال حاضرا يؤمن عليه التوى وان لم يكن للميت ولي فالزوج أولى ثم الجيران أولى من الاجنبي (وله) أي للولي (أن يأذن لغيره) بالصلاة عليه لان التقدم حقه فله ابطاله بتقديم غيره (فان صلى) عليه (غير الولي و) غير (السلطان أعاد الولي) ان شاء لان الحق لهما (ولم يصل غيره) أي غير الولي (بعده) أي بعد الولي وكذا بعد امام الحي وبعد كل من يتقدم على الولي وقال الشافعي يجوز لمن لم يصل أن يصلي بعده (وان دفن الميت (بلا صلاة) عليه (صلى على قبره ما لم يتفسخ) اقامة للواجب بقدر الامكان والمعتبر في ذلك أكبر الرأي على الصحيح لانه يختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص وقال أبو يوسف يصلي الى ثلاثة أيام (وهي) أي صلاة الجنازة (أربع تكبيرات بثناء) أي يقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ (بعد) التكبيرة (الاولى وصلاة على النبي عليه السلام بعد) التكبيرة (الثانية ودعاء) للميت بالادعية التي وردت في الاحاديث (بعد التكبيرة (الثالثة وتسليمتين) تسليمة عن يمينه وأخرى عن شماله (بعد) التكبيرة (الرابعة) ينوي بها الامام والجماعة والميت ولم يذكر الشيخ ما يقال بعد الرابعة قبل التسليم لان ظاهر المذهب أن لا يقال شيء وقيل يقول ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا

برحمتك عذاب النار وعند الشافعي وأحمد لا بد من قراءة الفاتحة فيها ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى في ظاهر الرواية وكثير من مشايخ بلخ اختاروا الرفع في كل تكبيرة وبه قال الشافعي (فلو كبر) الامام (خمسا) أي خمس تكبيرات (لم يتبع) على صيغة المجهول أي لم يتبعه المقتدى في ذلك لانه منسوخ وقال زفر يتبعه لانه مجتهد فيه ثم عن أبي حنيفة يسلم حين اشتغل امامه بالخطا وعنه ينتظر سلامه فيسلم معه وهو الاصح (ولا يستغفر لصبي) لانه لا ذنب له وكذا المجنون لانه مثله (ويقول) الامام وكذا من معه (اللهم اجعله لنا فرطا) بفتحتين أي أجرا متقدما والفرط والفارط والفرط بالسكون المتقدم في طلب الماء (واجعله لنا أجرا وذخرا) بضم الذال المعجمة من ذخرت الشيء أذخره بفتح الخاء (واجعله لنا شافعا) وهو الذي يشفع لغيره (مشفعا) وهو الذي يجعل شفيعا (وينتظر المسبوق) بتكبيرة أو تكبيرتين تكبير الامام (ليكبر معه) أي مع الامام فاذا سلم قضى ما عليه قبل أن ترفع الجنازة عندهما وقال أبو يوسف والشافعي يكبر حين يحضر اعتبارا لسائر الصلوات ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته قبل تسليم الامام (لا) ينتظر (من كان حاضرا في حالة) أي في وقت (التحريمة) بل يكبر ولا ينتظر تكبيرة الامام (ويقوم) الامام (للرجل والمرأة بحذاء الصدر) لانه محل الايمان والمعرفة وعن أبي حنيفة يقوم له بحذاء رأسه ولها بحذاء وسطها وعند الشافعي له بحذاء رأسه ولها بحذاء عجيزتها وعند مالك له بحذاء وسطه ولها بحذاء منكبها وعند أحمد له بحذاء الصدر ولها عند وسطها (ولم يصلوا) حال كونهم (ركبانا) أي راكبين مع القدرة على النزول والقياس أن تجوز لانه دعاء وجه الاستحسان أنها صلاة من وجه فلا تجوز الا قياما وكذا لا تجوز قعودا مع القدرة على القيام ولا تجوز أيضا اذا كان الميت على الدابة أو على أيدي الناس على المختار (ولا) يصلون أيضا (في مسجد جماعة) وهو مكروه كراهة تحريم في رواية وكراهة تنزيه في أخرى وأما المسجد الذي بني له فلا يكره فيه وجه الكراهة قوله عليه السلام من صلى على ميت في المسجد فلا شيء له رواه أبو داود وعند الشافعي وأحمد لا بأس بها في المسجد وتأويل حديث سهيل بن البيضاء أنه عليه السلام صلى عليه في المسجد لعذر الاعتكاف وقيل للمطر (ومن استهل) أي رفع صوته بالبكاء عند الولادة أو تحرك عضو منه سمي وغسل و(صلى عليه) ويرث ويورث والمعتبر في ذلك خروج الاكثر حيا حتى لو خرج أكثره وهو يتحرك صلى عليه وان خرج الاقل لا (والا) أي وان لم يستهل (لا) يصلى عليه بل يدرج في خرقة تكريما لبني آدم ولا يغسل في رواية ولا يسمى وذكر الطحاوي عن أبي يوسف أنه يغسل ويسمى (كصبي سبي) أي كما لا يصلى على صبي سبي من دار الحرب (مع أحد أبويه) اما بأبيه أو أمه فمات لانه تبع له (الا أن يسلم أحدهما) أي احد أبويه (أو) يسلم (هو) أي الصبي (أو لم يسب أحدهما) أي أحد الابوين (معه) أي مع الصبي ففي هذه الصور يصلى عليه تبعا الاسلام أحد أبويه أو تبعا للدار واختلف في اللقيط فقيل يعتبر المكان وقيل الواجد وقال الشيخ رحمه الله أولاد المسلمين اذا ماتوا في صغرهم كانوا في الجنة والتوقف المروي عن أبي حنيفة مردود على الراوي وأما أولاد الكفار اذا ماتوا قبل أن يعقلوا فقال محمد لا يعذب الله أحدا بلا ذنب وقيل هم في الجنة خدم المسلمين وعن أبي حنيفة أنه توقف فيهم (ويغسل ولي مسلم) غسل الثوب النجس

بلا رعاية سنة من جميع الوجوه (ويدفنه) فى حفيرة من غير لحد ولا توسعة ولا مراعاة سنة ولا يصلى عليه بذلك أمر عليه الصلاة السلام عليا لما مات أبوه أبو طالب (ويؤخذ سريره) أى سرير الميت وهو الجنازة (بقوائمه الاربع) وقت الحمل لقول ابن مسعود رضى الله عنه اذا تبع أحدكم جنازة فليأخذ بقوائم السرير الاربعة وعند الشافعى يتقدم رجل فيضع العمود على عاتقه والخشبة المعترضة بينهما على كتفه ويحمل مؤخر النعش رجلان أحدهما من الجانب الايمن والآخر من الجانب الايسر فتكون الجنازة محمولة على ثلاثة وعنده صورة أخرى وهى ان يعين المقدم رجلان ان لم يستقل المقدم خارج العمودين يضع كل واحد منهما على عاتقه فتكون محمولة على خمسة وعنه كقولنا (ويعجل به) أى يسرع بالميت وقت المشى بحيث لا يضطرب على الجنازة (بلا خبب) رهو العدو السريع (و) بلا (جلوس قبل وضعه) أى قبل وضع الميت عن أعناق الرجال لامكان الاحتياج الى الاعانة وقال الشافعى لا بأس به (و) بلا (مشى قدامها) أى قدام الجنازة أراد ان الافضل المشى خلف الجنازة لانها متبوعة وقال الشافعى المشى قدامها أفضل ثم أشار الى كيفية الحمل على مذهبنا بقوله (وضع مقدمها) أى مقدم الجنازة (على يمينك ثم) ضع (مؤخرها) على يمينك (ثم) ضع (مقدمها على يسارك ثم) ضع (مؤخرها) على يسارك وههنا أربع أمور كل أمر لواحد فتكون الجنازة محمولة على أربع بهذه الكيفية وذلك لانه عليه الصلاة والسلام كان يحب التيامن فى كل شئ وهذا فى حال التناوب عند كثرة الحاملين وينبغى أن يحمل من كل جانب عشر خطوات وفى الحديث من حمل جنازة أربعين خطوة كفرت له أربعين كبيرة (ويحفر القبر) قدر نصف القامة وقيل الى الصدر وان زادوا فحسن (ويلحد) القبر لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا واللحد أن يحفر فى جانب القبلة من القبر حفيرة فيوضع فيها الميت والشق أن يحفر حفرة فى وسط القبر فيوضع فيها الميت وان كانت الارض رخوة فلا بأس بالشق واتخاذ التابوت من حجر أو حديد ويفرش فيه التراب (ويدخل) الميت (من قبل القبلة) وعند الشافعى يسل وهو أن توضع الجنازة على رأس القبر بحيث يكون رأس الميت عند مؤخر القبلة فيسله الواقف الى القبر من جهة رأسه لانه عليه السلام سل سلا ولنا حديث ابن مسعود رضى الله عنه انه عليه السلام أخذ الميت من قبل القبلة وانما سل عليه السلام للضرورة لاجل الحائط (ويقول واضعه) أى واضع الميت فى القبر (بسم الله وعلى ملة رسول الله) أى بسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله سلمناك هكذا روى الطبرانى عن ابن عمر رضى الله عنهما (ويوجه) الميت فى قبره (الى القبلة) لامره عليه الصلاة والسلام بذلك (وتحل العقدة) التى فى الكفن للامن من الانتشار (ويسوى اللبن) بفتح اللام وكسر الباء وهو الآجر النئ (عليه) أى على الميت (والقصب) أى ويسوى القصب لانه روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل على قبره طن من قصب (لا) يسوى عليه (الآجر) وهو القرمد (و) لا (الخشب) لانهما للاحكام والقبر للبلى وقيل لا بأس بهما عند رخوة الاراضى وما عللوا كراهة الآجر بأن فيه أثر النار فليس بشئ لانه يكفن فى ثوب قصره القصار وبه أثر النار وكذا يغلى الماء بالسدر والحرض (ويسجى) أى يغطى (قبرها) أى قبر المرأة بثوب الى أن يجعل اللبن على اللحد لان مبنى حالها على الستر كما فى الحياة (لا) يسجى (قبره) أى قبر الرجل لان عليا رضى الله

عنه منع ذلك الامطر أو ثلج أو حر على الداخلين فى القبر (ويهال) أى يصب عليه (التراب) ستراله
ويكره ان يزاد على التراب الذى خرج من قبره (ويسنم) القبر قدر شبر وقيل قدر أربع أصابع
(ولا يربع) خلافا للشافعى ولنا ما رواه البخارى عن سفيان انه رأى قبر رسول الله صلى الله عليه
وسلم مسنما (ولا يجصص) يعنى لا يطين بالجص ولا يبنى عليه بناء لانه للاحكام والزينة ولا بأس برش
الماء عليه ووضع الحجر للعلامة وتكره الكتابة وقيل لا بأس بها (ولا يخرج) الميت (من
القبر) بعد دفنه (الا أن تكون الارض مغصوبة) فحينئذ يخرج لحق صاحبها ان شاء وان شاء
ساوى مع الارض وانتفع به زراعة وغيرها ولو بقى فيه متاع انسان قيل لم ينبش بل يحفر من جهة
المتاع ويخرج وقيل لا بأس بنبشه واخراجه ولو وضع لغير القبلة أو على شقه الايسر أو مقلوبا فما
لم يهل عليه التراب ينبش ويراعى السنة ولو بلى الميت وصار ترابا جاز دفن غيره وزرعه والبناء
عليه والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الشهيد)

وهو فعيل بمعنى مفعول سمى به لانه مشهود له بالجنة بالنص أو لان الملائكة يشهدون موته اكراما
له أو لانه حى عند الله حاضر وفى الشرع (هو) أى الشهيد (من قتله أهل الحرب و) أهل (البغى
وقطاع الطريق) سواء كان القتل مباشرة أو تسبيبا حتى لو أوطؤا دابتهم أو رموا بنار فأحرقوا
سفنهم أو نفروا دابته بضرب أو زجر فقتلته أو طعنوه برمح ونحوه فألقوه فى ماء أو نار أو رموه من
سور أو بناء مرتفع أو أسقطوا عليه حائطا أو رموا فينا نارا أو هبت بها ريح الينا أو جعلوها فى
طرف خشبة رأسها عندنا أو أرسلوا علينا نارا أو ماء فاحترق أو غرق مسلم ففى كل ذلك المقتول
شهيد (أو وجد فى معركة) وهى موضع القتال من العرك وهو الدلك (و) الحال ان يكون
(به أثر) يكون علامة على القتل كالجرح وسيلان الدم من عينه أو أذنه وان لم يكن به أثر او كان
الدم يسيل من أنفه أو ذكره أو دبره لا يكون شهيدا (أو قتله مسلم) قتلا (ظلما) بغير حق (و) الحال
أنه (لم تجب به) أى بقتله (دية) أى بنفس القتل حتى لو وجبت بالصلح أو بقتل الاب ابنه لا تسقط
الشهادة لان الواجب هو القصاص ولكنه سقط بالصلح أو الشبهة وعند الشافعى لا يكون
شهيدا الا قتيل المعركة غازيا واذا كان الامر كما ذكر (فيكفن ويصلى عليه بلا غسل) لقوله
عليه الصلاة والسلام فى شهداء أحد زملوهم بكلومهم ودمائهم الحديث وقال الشافعى لا يصلى
عليه أيضا لانه تطهر من دنس الذنوب ولنا أنه صح أنه عليه السلام صلى على شهداء أحد والعبد
وان تطهر من الذنوب فلا يستغنى عن الدعاء (ويدفن بدمه) فلا يغسل لما روينا (وثيابه الا ما ليس
من) جنس (الكفن) كالفرو والحشو والسلاح المعلق عليه والقلنسوة والخف (ويزاد) حتى يتم
الكفن ان لم يكن عليه ما لم يبلغ الكفن (وينقص) ان كان عليه أكثر من الكفن مراعاة للسنة
فى الوجهين (ويغسل) الشهيد (ان قتل) حال كونه (جنبا أو) حال كونه (صبيا) أو مجنونا
أو حال كونها حائضا وقال أبو يوسف ومحمد لا يغسل فى الجميع لعموم ما روينا ولابى حنيفة ان
الشهادة عرفت مانعة لا رافعة فلا ترفع الجنابة والحيض والنفاس والصبى والمجنون ليسا فى معنى
شهداء أحد (أو ارتث) الشهيد وفسر الارتثاث بقوله (بأن أكل أو شرب أو نام أو تداوى) بدواء
(أو مضى) عليه (وقت صلاة وهو) أى والحال انه (يعقل) مع القدرة على اداء الصلاة حتى يجب

عليه القضاء بتركها وهذه رواية عن أبي يوسف وقيل ان بقي يوما وليلة غسل والا فلا (او نقل من المعركة) الى موضع آخر (أو أوصى) بأمر دنيوي وعند محمد لا يكون مرتثا بالوصية مطلقا ولو أوصى بأمر أخروي لا يغسل اتفاقا (أو قتل في المصر و) الحال انه (لم يعلم انه) أي المقتول (قتل بحديد) قتلا (ظلما) لانه يجب به القسامة والدية تخفف الظلم بسبب العوض ولو علم أنه قتل بحديد ظلما أو عرف قاتله فانه لا يغسل خلافا للشافعي (أو قتل بحد) بأن كان محصنا فزنى فرجم ومات (أو) قتل لاجل (قود) أي قصاص بأن قتل شخصا فقتل مكانه لانه لم يقتل ظلما فلا يكون شهيدا (لا) يغسل من قتل (لبغي) أي لاجل بغي وخروج عن الطاعة (و) لاجل (قطع طريق) ولا يصلى عليهما أيضا اهانة لهما وقيل يغسلان ولا يصلى عليهما وقال الشافعي يغسلان ويصلى عليهما لانه مسلم قتل بحق فصار كالمرجوم ولنا ان عليا رضي عنه لم يغسل الخوارج ولم يصل عليهم فقيل أهم كفار فقال لا ولكنهم اخواننا بغوا علينا أشار بهذا الى أن ترك الغسل والصلاة عقوبة لهم ليكون زجرا لغيرهم وقال بعض أصحابنا هذا اذا قتلا في حال المحاربة قبل أن تضع الحرب أوزارها وأما اذا قتلا بعد ثبوت يد الامام عليهما فانهما يغسلان ويصلى عليهما وهذا تفصيل حسن أخذ به الكبار من المشايخ والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الصلاة في الكعبة)

(صح) اقامة (فرض) أداء وقضاء (و) اقامة (نفل) أي نفل كان (فيها) أي في الكعبة أي في جوفها (وفوقها) أي وصح فوقها أيضا أي على سطح الكعبة وقال الشافعي لا تصح الصلاة فيها مطلقا ولا فوقها الا بسترة بين يديه وقال مالك لا يجوز فيها الا النفل فقط لان بابه أوسع وذلك لانه مستدبر من وجه فلا يجوز ولنا حديث بلال رضي عنه أنه عليه الصلاة والسلام دخل البيت وصلى فيه ولان شرط الجواز استقبال جزء من الكعبة وقد وجد والاستدبار المفسد الذي يتضمن ترك الاستقبال أصلا (ومن جعل) من المقتدين (ظهره الى ظهر امامه فيها) أي في الكعبة اذا صلوا بجماعة (صح) لانه موجه الى القبلة ولم يعتقد امامه مخطئا (و) لو جعل ظهره (الى وجهه لا) يصح لانه تقدم على امامه (وان تحلقوا حولها) أي حول الكعبة بأن صلى الامام في المسجد الحرام فحلق الناس حولها واقتدوا به (صح) الاقتداء (لمن) أي للذي (هو أقرب اليها) أي الى الكعبة (من امامه ان لم يكن) هو (في جانبه) أي في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب وعند الاختلاف لا والله أعلم ولما كانت الزكاة ثالثة الايمان وثانية الصلاة في الكتاب والسنة ذكرها عقيب الصلاة بقوله

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الزكاة)

وهي فعلة من زكى الزرع اذا نما وزاد وسميت بها لانها سبب نماء المال بالخلف في الدنيا والثواب في العقبى وتعبر عن الطهارة أيضا قال الله تعالى وحنانا من لدنا وزكاة أي طهارة سميت بها لانها تطهر المزكي عن الذنوب وشرعا (هي) أي الزكاة (تمليك المال) ولو قال تمليك جزء من المال لكان أحسن وكان الواجب أيضا أن يقول تمليك المال على وجه لا بد منه حتى لا ترد الكفارة اذا ملكت لان التمليك بالوصف المذكور موجود فيها حتى انها تؤدى بالاباحة بخلاف الزكاة (من فقير) احترز به عن الغني (مسلم) احترز به عن الكافر (غير هاشمي) وهو من يكون منسوبا

الى بنى هاشم وهم آل على وآل عباس وآل عقيل وآل جعفر وآل حارث بن عبد المطلب (ولا مولاه) أى مولى هاشمى فان دفع الزكاة اليهم لا تجوز على ما يجىء ان شاء الله تعالى واحترز بقوله (بشرط قطع المنفعة عن المملك) بكسر اللام وهو الدافع (من كل وجه) عن الدفع الى فروعه وان سفلوا والى اصوله وان علوا والى مكاتبه ومن دفع أحد الزوجين الى الآخر فان المنفعة لا تنقطع عن الدافع فى هذه الصور بالكلية واللام فى (لله تعالى) تتعلق بقوله تمليك المال أراد أن يكون على وجه النية مع الاخلاص لله تعالى (وشرط وجوبها) أى وجوب الزكاة وأراد بها الفريضة لانها ثبتت بدليل مقطوع به وهو الكتاب والسنة وهو خمسة الاول (العقل) فلا تجب على المجنون وقال الشافعى تجب عليه فيخرج عنه وليه (و) الثانى (البلوغ) فلا تجب على الصبى وقال الشافعى تجب فيخرج عنه وليه أو وصيه لانه حق مالى فيجب فى مالهما كنفقة الزوجات والعشر والخراج ولنا قوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة الحديث وهما ليسا بمخاطبين بالعبادة فلا تجب عليهما والنفقة ونحوها حقوق العباد ولهذا تتأدى بدون النية وكذا العشر ولهذا يجب على المكاتب وفى أرض الوقف (و) الثالث (الاسلام) فلا تجب على الكافر لانه شرط صحة العبادات كلها (و) الرابع (الحرية) فلا تجب على الرقيق لعدم تحقق التمليك (و) الخامس (ملك نصاب) فلا تجب فى أقل منه لان الشرع قدر السبب به ثم النصاب انما يجب فيه الزكاة اذا تحقق فيه أوصاف أربعة أشار الى الاول بقوله (حولى) لقوله عليه السلام لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول والى الثانى بقوله (فارغ عن الدين) الذى له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابى يوسف فى الثانى وقال الشافعى فى الجديد الدين لا يمنع وجوب الزكاة ولنا أن المديون ليس بغنى والزكاة لا تجب الا على الغنى وهو قول عثمان وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم وكفى بهم قدوة والى الثالث بقوله (و) فارغ (عن حاجته الاصلية) كدور السكنى وثياب البذلة وأثاث المنازل وآلات المحترفين وكتب الفقه لاهلها لان المشغول بالحاجة الاصلية كالمعدوم والى الرابع بقوله (نام) حقيقة بالتوالد والتناسل وبالتجارات أو تقديرا أشار اليه بقوله (ولو) كان النماء (تقديرا) بأن يتمكن من الاستنماء بكون المال فى يده أو يد نائبه لان السبب هو المال النامى فلا بد منه تحقيقا أو تقديرا فان لم يتمكن من الاستنماء فلا زكاة عليه كمال الضمار كالآبق والمفقود والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط فى البحر والمدفون فى المفازة اذا نسى مكانه والذى أخذه السلطان مصادرة والوديعة اذا نسى المودع وليس هو من معارفه والدين المجحود اذا لم يكن له بينة ثم صارت له بعد سنين بأن أقر عند الناس وفى المدفون فى كرم أو أرض اختلاف المشايخ وقال زفر والشافعى تجب الزكاة فى جميع ذلك ولو كانت له بينة فى الدين المجحود يجب لما مضى خلافا لمحمد ولو كان الدين على مقر يجب وقال الحسن بن زياد لا يجب اذا كان فقيرا وقال محمد لا يجب اذا كان مفلسا (وشرط ادائها) أى اداء الزكاة (نية مقارنة للاداء) أى لاداء الزكاة الى الفقير كما فى الصلاة الا أن الدفع يتفرق ظاهرا فاكتفى بوجودها عند العزل وهى معنى قوله (أو) نية مقارنة (لعزل ما وجب) من الزكاة فاذا عزل عن ماله ما عليه من الزكاة ينوى ثم يدفعه الى الفقراء وان لم ينو

تيسيرا

تيسيرا له (أو تصدق بكله) أى بكل النصاب أو بجميع ماله فقد سقطت عنه الزكاة لان الجزء الواجب دخل فيه ولو تصدق ببعضه سقطت زكاة المؤدى عند محمد وعند أبى يوسف لا يسقط لان الباقى محل الواجب ولو كان له دين على فقير فأبرأه عنه سقط زكاته عنه نوى به الزكاة أو لا ولو أبرأه عن البعض سقط زكاة ذلك البعض وزكاة الباقى لا تسقط ولو نوى به الاداء عن الباقى ولو كان الدين على غنى فوهبه منه بعد الوجوب قيل يضمن قدر الواجب وقيل لا ولو وهب دينه من فقير ونوى عن زكاة دين آخر على رجل آخر أو نوى زكاة عين له لا يصح والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (صدقة السوائم) *

أطلق الصدقة على الزكاة اقتداء بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين أى الزكوات سميت بها لدلالتها على صدق العبد فى العبودية والسائمة من سامت الماشية سوما أى رعت وأسامها صاحبها والمراد التى تسام للدر والنسل فان أسامها للحمل والركوب فلا زكاة فيها وان أسامها للبيع والتجارة ففيها زكاة التجارة لا زكاة السائمة (هى) أى السائمة (التى تكتفى بالرعى فى أكثر السنة) حتى لو علفها نصف الحول لا تكون سائمة حتى لا يجب فيها الزكاة وقال الشافعى فى وجه يشترط الرعى فى جميع الحول (ويجب) أراد به الفرض (فى خمس وعشرين ابلا) سائمة (بنت مخاض) وهى التى طعنت فى الثانية سميت بها لان أمها صارت ذات مخاض بأخرى (و) يجب (فيما دونه) أى فيما دون المذكور وهو خمس وعشرون ابلا (فى كل خمس شاة) ففى العشرين أربع شياه وفى خمسة عشر ثلاث شياه وفى عشرة شاتان وفى خمس شاة (و) يجب (فى ست وثلاثين) من الابل (بنت لبون) وهى التى طعنت فى الثالثة سميت بها لان أمها تلد أخرى وتكون ذات لبن (و) يجب (فى ست وأربعين حقة) وهى التى طعنت فى الرابعة وحق لها أن تركب وتحمل (و) يجب (فى احدى وستين جذعة) وهى التى طعنت فى الخامسة سميت بها لمعنى فى اسنانها يعرفه أرباب الابل وهى أكبر سن يؤخذ فى الزكاة (و) يجب (فى ست وسبعين بنتا لبون و) يجب (فى احدى وتسعين حقتان الى مائة وعشرين) على هذا اتفقت الآثار واشتهرت كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم واجتمعت الامة وما روى عن على رضى الله عنه أنه يجب فى خمس وعشرين خمس شياه وفى ست وعشرين بنت مخاض فشاذ لا يكاد يصح عنه حتى قال الثورى هذا غلط وقع من رجال على على بن أبى طالب رضى الله عنه فانه أفقه من أن يقول ذلك (ثم) يجب (فى كل خمس) تزيد على مائة وعشرين (شاة) ففى مائة وخمس وعشرين حقتان وشاة وفى مائة وثلاثين حقتان وشاتان وفى مائة وخمس وثلاثين حقتان وثلاث شياه وفى مائة وأربعين حقتان وأربع شياه (الى مائة وخمس وأربعين ففيها) يجب (حقتان وبنت مخاض وفى مائة وخمسين) يجب (ثلاث حقاق ثم) يجب (فى كل خمس) تزيد على مائة وخمسين (شاة) ففى مائة وخمس وخمسين ثلاث حقاق وشاة وفى مائة وستين ثلاث حقاق وشاتان وفى مائة وخمس وستين ثلاث حقاق وثلاث شياه وفى مائة وسبعين ثلاث حقاق وأربع شياه (وفى مائة وخمس وسبعين) يجب (ثلاث حقاق وبنت مخاض وفى مائة وست وثمانين) يجب (ثلاث حقاق وبنت لبون وفى مائة وست وتسعين) يجب (أربع حقاق الى مائتين ثم تستأنف) الفريضة (أبدا) الى

أن تنتهي الى أي عدد وقع من الاعداد الكثيرة (كما) استؤنف (بعد مائة وخمسين) مثلا اذا
كانت مائتان وخمس ففيها أربع حقاق وشاة واذا كانت مائتان وعشرة فأربع حقاق
وشاتان واذا كانت مائتان وخمس عشرة ففيها أربع حقاق وثلاث شياه واذا كانت مائتان
وعشرون ففيها أربع حقاق وأربع شياه واذا كانت مائتان وخمسة وعشرون ففيها أربع حقاق
وبنت مخاض وعلى هذا الى آخره وقال الشافعي ان زاد على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث
بنات لبون واذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدور الحساب على الاربعينات
والخمسينات فيجب في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وبه قال أحمد وعن مالك لو
زادت واحدة على مائة وعشرين فالخيرة للساعي بين حقتين وثلاث بنات لبون (والبخت) جمع
بختي منسوب الى بختنصر لانه أول من جمع بين العربي والعجمي (كالعراب) جمع عربي في البهائم
وجمع عرب في الاناسي والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى والاعراب أهل البادية
واختلف في نسبتهم والاصح أنهم نسبوا الى عربة بفتحتين وهي التهامة وذلك لان اسم الابل
يتناولهما (و) يجب (في ثلاثين بقرا تبيع) وفسره بقوله (ذو سنة أو) يجب (تبيعة) يعني الذكر
والانثى سواء سمي به لانه يتبع أمه (و) يجب (في أربعين مسن) وفسره بقوله (ذو سنتين) أي
الذي كمل سنتين وطعن في الثالثة (أو) يجب (مسنة) وهي الانثى (و) يجب (فيما زاد) على الاربعين
(بحسابه الى ستين) ففي الواحدة ربع عشر مسنة وفي الثنتين نصف عشر مسنة وفي الثلاثة ثلاثة
أرباع عشر مسنة وهذا عند أبي حنيفة في رواية الاصل وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الزيادة
شئ حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع وروى عنه لا شئ في الزيادة حتى تبلغ
ستين وهي قولهما وقول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ من أوقاص البقر شيأ وفسر
بما بين أربعين الى ستين (ففيها) أي ففي الستين يجب (تبيعان) أو تبيعتان بالاجماع (وفي سبعين)
يجب (مسنة وتبيع وفي ثمانين) يجب (مسنتان فالفرض يتغير بكل عشر من تبيع الى مسنة)
ففي تسعين ثلاث أتبعة وفي مائة تبيعان ومسنة وفي مائة وعشرة مسنتان وتبيع وفي مائة وعشرين
أربع أتبعة وفي مائة وثلاثين مسنة وثلاثة أتبعة وفي مائة وأربعين مسنتان وتبيعان وفي مائة
وخمسين خمس أتبعة وعلى هذا الى أي عدد ينتهي (والجاموس) معرب كاوميش (كالبقر) في كمية
النصاب ووجوب الزكاة لان البقر يتناولهما وعدم الحنث بأكل لحمه في لا يأكل لحم بقر لاجل
العرف (و) يجب (في أربعين شاة شاة) فالشاة الاولى نصب على التميز والثانية رفع على انه فاعل
فعل محذوف كما قدرنا (و) يجب (في مائة واحدى وعشرين شاتان و) يجب (في مائتين وواحدة
ثلاث) شياه (و) يجب (في أربعمائة أربع) شياه (ثم) يجب (في كل مائة شاة) بهذا اشتهر كتب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وكتب أبي بكر رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع (والمعز) جمع
ماعز كتجر جمع تاجر (كالضأن) في الزكاة واكمال نصاب أحدهما بالآخر وكذا المتولد من ظبي
ونعجة خلافا للشافعي (ويؤخذ الثني) وهو ما تمت له سنة وطعن في الثانية (في زكاتها) أي في زكاة
الغنم (لا) يؤخذ (الجذع) وهو ما أتى عليه أكثرها وهذا تفسير الفقهاء وعند أهل اللغة الجذع
ما تمت له سنة وطعن في الثانية والثني ما تمت له سنتان وطعن في الثالثة وعن أبي حنيفة أنه يجزئه
الجذع من الضأن وهو قولهما والشافعي (ولا شئ في الخيل) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على

المسلم

المسلم فى عبده ولا فى فرسه صدقة متفق عليه وهذا قولهما وعليه الفتوى وعند أبى حنيفة وزفر
اذا كانت سائمة واختلط ذكورها واناثها فصاحبها يعطى عن كل فرس دينارا او يقومها ويعطى
ربع عشر قيمتها وفى الذكور الخلص والاناث الخلص روايتان قلت احتج أبو حنيفة بما رواه مسلم
عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من صاحب كنز الحديث وفيه ذكر الخيل
بقوله هى لثلاثة ثم قال ولا ينسى حق ظهورها وبطونها فى عسرها ويسرها فهذا دليل على أن فيها
حقا كحقه فى سائر الاموال الزكوية وأخرج الطحاوى باسناد صحيح عن أنس ان عمر رضى الله
عنه كان يأخذ من الفرس عشرة ومن البرذون خمسة وأخرجه الدارقطنى أيضا (و) فى (البغال
والحمير) لعدم التناسل حقيقة أو قصدا (و) فى (الفصلان) جمع فصيل (والحملان) جمع حمل بفتحتين
(والعجاجيل) جمع عجول كأبابيل جمع ابول وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وكان أبو حنيفة يقول أولا
يجب فيها ما يجب فى المسان وبه أخذ زفر ومالك ثم رجع وقال فيها واحدة منها وبه أخذ أبو يوسف
والشافعى وأحد صورة المسئلة اذا كان له نصاب من المواشى فولدت أولادا قبل أن يحول عليها
الحول فهلكت الامهات وبقيت الاولاد فتم عليها الحول فهل يجب فيها الزكاة أولا فعند أبى
يوسف يجب خلافا لهما وعند زفر يجب فيها ما يجب فى الكبار صورة أخرى اشترى أربعين حملا
أو ثلاثين عجولا أو خمسة وعشرين فصيلا فعندهما لا ينعقد عليها الحول وعند أبى يوسف ينعقد
حتى لو حال الحول من حين ملك تجب الزكاة (و) كذا لا يجب فى (العوامل) والحوامل
(والعلوفة) وقال مالك يجب للعمومات ولنا ما روى عن على رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال ليس فى العوامل صدقة قال أبو الحسن القطان اسناده صحيح ذكره فى الامام
وعن جابر رضى الله عنه ليس فى المثيرة صدقة رواه الدارقطنى ومقدار العلف الذى يمنع وجوب
الزكاة قد مر فى أول الكتاب (و) لا يجب أيضا فى (العفو) بل يجب فى النصاب عندهما وقال محمد
وزفر والشافعى يجب فيهما وفائدة الخلاف أنه اذا كان له ثمانون شاة فهلك منها أربعون يبقى
نصف الشاة عند محمد وعندهما عليه شاة كاملة ولو كان له تسع من الابل فهلك منها أربع فعليه
شاة عندهما وعند محمد خمسة أتساع الشاة (و) لا يجب أيضا فى (الهالك بعد الوجوب) أى بعد
وجوب الزكاة وقال الشافعى اذا هلكت الاموال الباطنة بعد الوجوب وبعد التمكن من
الاداء لا تسقط الزكاة لانها حق مالى فلا يسقط بهلاك المال قلنا ان المال محل الزكاة فيفوت
بفواته ولو طلب الامام الزكاة فمنعه حتى هلك المال لا يضمن عند مشايخ ما وراء النهر وهو اختيار
أبى طاهر الدباس وأبى سهل الزجاجى وهو الصحيح وعند العراقيين يضمن وهو اختيار الكرخى (ولو
وجب سن) أى ذات سن (ولم يوجد) عنده (دفع) صاحب المال (أعلى منها) اى من السن التى
وجبت (وأخذ الفضل) من الساعى (أو) دفع (دونها ورد الفضل) الى الساعى (او دفع القيمة)
واشتراط عدم السن لجواز دفع الاعلى والادنى ودفع القيمة وقع اتفاقا حتى لو دفع أحد هذه
الاشياء مع وجود السن الواجب جاز عندنا خلافا للشافعى والخيار فى ذلك لرب المال ويجبر
الساعى على القبول الا اذا دفع أعلى منها وطلب الفضل لانه شراء للزيادة ولا اجبار فيه
(ويؤخذ) فى الزكاة (الوسط) من جنس ما يجب حتى لو وجب عليه بنت لبون مثلا لا يؤخذ
خيار بنت لبون ولا أردأ بنت لبون فيه وانما يؤخذ بنت لبون وسط وكذا غيرها من الاسنان

لقوله عليه الصلاة والسلام اياكم وكرائم أموالهم رواه الجماعة (ويضم) ماهو (مستفاد من جنس نصاب اليه) اى الى النصاب الذى استفيد منه ولا ينفرد له حول آخر بل يزكى الكل بحوله وقال الشافعى لا يزكى المستفاد بحول النصاب بل بحول آخر وعند مالك وأحمد فى غير المواشى يضم وانما قوله عليه الصلاة والسلام ان من السنة شهرا تؤدّون فيه زكاة أموالكم فما حدث بعد ذلك فلا زكاة فيه حتى يجىء رأس الشهر رواه الترمذى وهذا يقتضى أن تجب الزكاة فى الحادث عند مجىء رأس السنة وأما الاولاد والارباح فتضم بالاجماع الا فى قول للشافعى فى الارباح (ولو أخذ الخراج والعشر والزكاة بغاة) جمع باغ وهم الذين خرجوا عن طاعة الامام وتغلبوا على بلدة (لم تؤخذ) هذه الاشياء المذكورة مرّة (أخرى) لان الامام لم يحمهم والاخذ بالحماية بخلاف ما اذا مرّ بهم هو فعشروه حيث يؤخذ منه ثانيا اذا مرّ على أهل العدل لان التقصير من جهته والذمى كالمسلم فيه ثم اذا لم يؤخذ منهم ثانيا يفتون بأن يعيدوها فيما بينهم وبين الله تعالى وقيل فى الخراج لا وقيل اذا نوى بالدفع الصدقة عليهم أجزأته وكذلك ما يؤخذ من الرجل فى جبايات الظلمة والمصادرات اذا نوى بالدفع التصدق عليهم جاز عما نوى (ولو عجل ذو) أى صاحب (نصاب) واحد من أى نصاب كان زكوات (لسنين) معدودة (أو عجل من نصاب واحد لنصب) متعددة (صح) تعجيله فى الوجهين عندنا وقال مالك لا يجوز فى الوجه الاول وقال زفر لا يجوز فى الثانى وأثبت الشارح خلاف الشافعى أيضا فى الوجه الاول فما وجدته فى غالب كتبه والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (زكاة المال)

وأراد به غير السوائم لان حكمها بين فيما مضى (يجب فى مائتى درهم) وهى نصاب الفضة (و) فى (عشرين دينارا) وهو نصاب الذهب (ربع العشر) ففى مائتى درهم خمسة دراهم وفى عشرين دينارا نصف دينار لقوله عليه الصلاة والسلام فى الرقة ربع العشر وليس فيما دون خمس أواق صدقة والاوقية كانت فى أيامهم اربعين درهما وقوله عليه الصلاة والسلام ليس فى أقل من عشرين دينارا صدقة وفى عشرين دينارا نصف دينار (ولو) كانت الفضة أو الذهب (تبرا) وهو القطعة المأخوذة من المعدن (أو حليا) للنساء أو الرجال وقال الشافعى لا يجب فى حلى النساء وخاتم الفضة للرجال لما روى جابر أنه عليه السلام قال ليس فى الحلى زكاة ولنا ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى يدها ابنة لها وفى يد ابنتها مسكتان غليظتان من ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتعطين زكاة هذا فقالت لا قال أيسرك أن يسوّرك الله بهما يوم القيامة بسوارين من نار فخلعتهما وألقتهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله قال النووى اسناده حسن (أو) كانت الفضة والذهب (آنية) من أوانى البيت للعمومات (ثم يجب (فى كل خمس) بضم الخاء أى فى كل خمس نصاب وهو اربعون درهما من الورق وأربعة دنانير من الذهب (بحسابه) فيجب فى خمس الورق درهم وفى خمس الذهب قيراطان وهذا عند أبى حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقالا ما زاد على النصاب فيهما فبحسابه وهو قول الشافعى لاطلاق النصوص (والمعتبر) فى الذهب والفضة (وزنهما أداء) أى من حيث الاداء (ووجوبا) أى من حيث الوجوب حاصل المعنى يعتبر فيهما أن يكون المؤدّى قدر

الواجب وزنا ولا تعتبر فيه القيمة وكذا فى حق الوجوب يعتبر أن يبلغ وزنها نصابا ولا يعتبر فيه القيمة بالاجماع حتى لو كان له ابريق فضة وزنها مائة وخمسون وقيمتها مائتان لا تجب فيها الزكاة وكذا حكم الذهب وأما اعتبار الوزن فى الاداء فهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند زفر تعتبر القيمة وعند محمد يعتبر الانفع للفقراء حتى لو أدى عن خمسة دراهم جياد خمسة زيوفا قيمتها أربعة دراهم جاز عندهما خلافا لمحمد وزفر الا اذا أدى الفضل ولو أدى أربعة جيادا قيمتها خمسة رديئة عن خمسة رديئة لا يجوز خلافا لزفر ولو كان له ابريق فضة وزنه مائتان وقيمته بصياغته ثلثمائة ان أدى من العين يؤدى ربع عشره وهو خمسة قيمتها سبعة ونصف وان ادى خمسة قيمتها خمسة جاز عندهما خلافا لمحمد وزفر الا أن يؤدى الفضل ولو أدى من خلاف جنسه تعتبر القيمة بالاجماع (و) يعتبر (فى الدراهم وزن سبعة) وفسر ذلك بقوله (وهو) أى اعتبار وزن سبعة (ان تكون العشرة منها) أى من الدراهم (وزن سبعة مثاقيل) وهو جمع مثقال وهو الدينار عشرون قيراطا والدرهم أربعة عشر قيراطا والقيراط خمس شعيرات والاصل فيه ان الدراهم كانت على ثلاثة أنواع نوع كان الدرهم عشرين قيراطا كالدينار ونوع كان اثنى عشر قيراطا ثلاثة أخماس الدينار ونوع كان عشر قراريط نصف الدينار فالاول وزن عشرة منه وزن عشرة من الدنانير والثانى وزن عشرة منه وزن ستة من الدنانير والثالث وزن عشرة منه وزن خمسة دنانير فوقعت الخصومات بينهم فى المعاملات فأخذ عمر رضى الله عنه من كل نوع درهما فخلطه فجعله ثلاثة متساوية فخرج كل درهم أربعة عشر قيراطا لان المجموع اثنان وأربعون قيراطا وثلثها أربعة عشر فاستمر العمل عليه الى يومنا هذا فى كل شئ خلافا للشافعى ومالك فى الديات وفى الغاية دراهم مصر أربعة وستون حبة وهو أكبر من درهم الزكاة فالنصاب منه مائة وثمانون درهما وحبتان (وغالب الورق) بفتح الواو وكسر الراء أى الفضة (ورق) لانه لا يخلو عن قليل من الغش لاجل الانطباع فتعتبر الغلبة فان كان الغالب الفضة فهو فضة وان كان الغالب عليه الغش يكون فى حكم العروض وهو معنى قوله (لا عكسه) يعنى لا يكون عكسه ورقا بل يكون عروضا فينظر فان نواه للتجارة يعتبر قيمته مطلقا وان لم ينوها فان كانت فضة تتخلص تعتبر فتجب فيها الزكاة ان بلغت نصابا وحدها أو بالضم الى غيرها وان لم يتخلص منه شئ فلا شئ عليه فتبقى العبرة للعروض فتشترط فيه نية التجارة وعلى هذا التفصيل الذهب المغشوش وانما لم يذكره اكتفاء بذكر الورق ثم الغلبة بأن يزيد على النصف وان كانا سواء قيل يجب فيه الزكاة احتياطا وقيل لا يجب وقيل يجب فيها درهمان ونصف (وفى عروض) عطف على قوله فى مائتى درهم أى يجب ربع العشر أيضا فى عروض (تجارة بلغت) قيمتها (نصاب ورق) أى فضة (او) نصاب (ذهب) و يعتبر فيهما الانفع للفقراء عند أبى حنيفة بأن يقوم بما يبلغ نصابا ان كان يبلغ بأحدهما دون الآخر وعن أبى يوسف يقوم بما اشترى اذا كان الثمن من النقود والا بالغالب منها وعن محمد يقومها بالنقد الغالب على كل حال ويقومها بالمصر الذى هو فيه وان كان فى مفازة يقوم فى المصر الذى يصير اليه وتقوم بالمضروبة (ونقصان النصاب) فى الاموال الزكوية (فى) أثناء (الحول لا يضر) وجوب الزكاة (ان كمل) النصاب (فى طرفيه) أى فى طرفى الحول وقال زفر يسقط وبه قال الشافعى

فى السائمة قلت كمال النصاب شرط انعقاد الحول وكماله شرط وجوبها فى آخره وفيما بينهما ليس وقت الانعقاد ولا وقت الوجوب (وتضم قيمة العروض) اذا بيعت ونضت (الى الثمنين) أى الذهب والفضة لان زكاة العروض فضة أو ذهب فيصير الكل جنسا واحدا (و) يضم (الذهب الى الفضة) بأن كان له عشرة مثاقيل من الذهب ومائة درهم يضم أحدهما الى الآخر ليتم النصاب وقال الشافعى لا يضم والمعتبر كمال النصاب فى كل منهما لانهما جنسان وبه قال احمد ولنا انهما فى الثمنية سيان فلا يعتبر الاختلاف فى الصورة ثم انما يضم (قيمة) أى من حيث القيمة عند أبى حنيفة وعندهما يضم بالاجزاء حتى لو كان أحدهما ثلث نصاب لابد وان يكون الآخر ثلثى نصاب وعلى هذا سائر الاجزاء كالنصف والربع وغيرهما وثمرته تظهر فيما اذا كان له عشرة دنانير وخمسون درهما وقيمة الدنانير لجودتها مائة وخمسون درهما أو قيمة خمسين درهما عشرة دنانير تجب الزكاة عنده خلافا لهما واذا كانت مائة وخمسين درهما وخمسة دنانير وقيمتها الا تساوى خمسين درهما فعلى قولهما تجب لوجود الاجزاء واختلفوا على قوله فقال بعضهم لا يجب لان الضم عنده باعتبار القيمة فيضم الاقل الى الاكثر لان الاقل تابع للاكثر فلا يكمل النصاب وقال الفقيه أبو جعفر الهندوانى يجب على قوله أيضا باعتبار ضم الاكثر الى الاقل وهو الصحيح ولو كانت له مائة دراهم وعشرة دنانير قيمتها مائة تجب الزكاة اتفاقا ولو كانت مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها خمسون درهما لا تجب اتفاقا لانه لا يبلغ النصاب لا قيمة ولا اجزاء

هذا (باب) فى بيان أحكام (العاشر)

هو فاعل من عشرت القوم أعشرهم اذا أخذت عشر أموالهم وفى الشرع (هو) أى العاشر (من نصبه الامام ليأخذ الصدقات) الواجبة (من التجار) ويحميهم من اللصوص وقطاع الطريق فى الاموال الظاهرة والباطنة وما ورد من ذم العشار فمحمول على من يأخذ أموال الناس ظلما كما يفعله الظلمة اليوم (فمن قال) من أرباب الاموال (لم يتم) على مالى (الحول أو) قال (على دين) يستغرق مالى (او) قال (انا اديت) الواجب على بنفسى الى الفقراء فى المصر (او) قال اديته (الى عاشر آخر وحلف) على ذلك (صدق) لانه أمين والقول قوله مع يمينه وعن أبى يوسف لا يمين عليه (الا فى السوائم) لا يصدق فى صورة واحدة وهى دعواه (فى دفعه بنفسه) ويصدق فى باقى الصور وقال الشافعى يصدق مطلقا فاذا لم يصدق عندنا يؤخذ منه ثانيا وان علم الامام باداته بنفسه فيكون هو الزكاة والاول ينقلب نفلا ولم يشترط الشيخ اخراج البراءة كما ذكر غيره لان الخط يشبه الخط (وفيما) أى وفى الموضع الذى (صدق) فيه (المسلم صدق) فيه (الذمى) لانه فى دارنا كالمسلم فى المعاملات وأحكامها الا انه لا يصدق فى الجزية اذا قال أنا أديتها (لا) يصدق (الحربى) فى شئ مما ذكر (الا فى ام ولده) بأن كانت معه جارية فقال هذه أم ولدى فانه يصدق لان اقراره بنسب من فى يده منه صحيح فكذا اقراره بأمومية الولد ولا يصدق أيضا فى صورة أخرى ما استثناها الشيخ وهى ما اذا قال أديت أنا الى عاشر آخر ولم يكن فى تلك السنة عاشر آخر (وأخذ منا) أى المسلمين (ربع العشر ومن الذمى ضعفه) ربع العشر وهو نصف العشر (ومن الحربى العشر) كاملا بذلك أمر عمر رضى الله عنه سعاته ولكن (بشرط) بلوغ

المال

المال الى (نصاب) أمّا الذمى فلان ما يؤخذ منه ضعف الزكاة فصار شرطه شرط الزكاة وأمّا الحربى فلأنّ القليل منه عفو لاجل نحو النفقة ومادون النصاب قليل حتى قال فى الجامع الصغير وان مرّ حربى بخمسين درهما لم يؤخذ منه شئ الا أن يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ بطريق المجازاة واليه أشار الشيخ بقوله (واخذهم منا) أى وبشرط أخذ أهل الحرب من المسلمين وفى كتاب الزكاة لا يؤخذ من القليل وان كانوا يأخذون منا والاصل فيه انا اذا عرفنا ما يأخذون منا أخذنا منهم مثله وان لم نعرف أخذنا منهم العشر لقول عمر رضى الله عنه فان أعياكم فالعشر وان كانوا يأخذون الكل نأخذ منهم الجميع الاقدر ما يوصله الى مأمنه فى الصحيح وان لم يأخذوا منا لا نأخذ منهم لانا أحق بالمكارم (ولم يثن) أى الذى أخذ من الحربى مرّة لا يؤخذ منه ثانيا (فى حول) الاخذ (بلا عود) الى دار الحرب لانه فى الامان مادام فى دارنا وانما يتجدد له الامان بمرور الحول لانه لا يمكن من المقام فى دارنا حولا فلا يتصور أن يقيم فيها بعد الحول الا بأمان جديد ولو مرّ على عاشر فأخذ منه ثم دخل دار الحرب ثم خرج ومرّ عليه أخذ منه ثانيا ولو كان فى يومه ذلك بخلاف المسلم والذمى حيث لا يؤخذ منهما مرّتين فى حول (وعشر الخمر) أى من قيمتها اذا مرّ بها على العاشر (لا) يعشر (الخنزير) وعند الشافعى لا يعشرهما جميعا وقال زفر يعشرهما جميعا وقال أبو يوسف ان مرّ بهما جميعا عشرا وان مرّ بهما على الانفراد عشر الخمر لا الخنزير ولهما ان عمر رضى الله عنه قال لعامله فى خمور أهل الذمة ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها وانما تعرف قيمة الخمر بقول فاسقين تابا أو ذميين أسلما ويقال يعرف ذلك بالرجوع الى أهل الذمة (و) لا يعشر أيضا (ما فى بيته) أى بيت المار من المال لانه لم يدخل تحت الحماية (و) لا يعشر أيضا (البضاعة) وهى المال الذى يدفعه الشخص الى آخر ليكتسب منه وليس عليه شئ لانه ليس بمالك ولا نائب عنه فى الاداء (و) لا يعشر أيضا (مال المضاربة) لما ذكرنا وعن أبى حنيفة أولا انه يعشر ثم رجع عنه ولو كان المضارب ربح فى مال المضاربة عشر نصيبه اذا بلغ نصابا خلافا للشافعى (و) لا يعشر أيضا (كسب) العبد (المأذون) له فى التجارة اذا مرّ به على العاشر لانه ليس بمالك له وعند أبى حنيفة يعشره ولو كان معه مولاه يؤخذ منه الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله ورقبته (وثنى) العشر (ان عشر الخوارج) وهم البغاة لانّ التقصير من جهته حيث مرّ بهم بخلاف ما اذا غلبوا على بلدة فأخذوا الزكاة وغيرها حيث لا يؤخذ منهم ثانيا اذا ظهر عليهم الامام لان التقصير من الامام والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الركاز)

من الركز وهو الاثبات لغة يقال ركز رمحه فى الارض اذا أثبته وشرعا هو اسم لما يكون تحت الارض خلقة أو يدفنه العباد فالاول يسمى معدنا والثانى كنزا (خمس) أى أخذ خمس (معدن نقد) وهو الذهب والفضة (و) خمس أيضا (نحو حديد) وصفر ورصاص اذا كانت (فى ارض خراج او) ارض (عشر) وقال الشافعى لا شئ فيه فاذا تم نصابا فحال عليه الحول ففيه الزكاة وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه السلام العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفى الركاز الخمس رواه الجماعة فان قلت كيف الاحتجاج به وقد قال المعدن جبار قلت (لا) يخمس ولا يجب شئ فيما وجد فى (داره وارضه) عند أبى حنيفة خلافا لهما وعن أبى حنيفة

بياض بأصل المؤلف

في أرضه يجب (وكنز) بالرفع عطف على قوله معدن نقد أي خمس كنز أيضا وهو مادفنه بنو آدم
فيكون الخمس لبيت المال (وباقيه) وهو الاربعة اخماس (للمختط له) وهو الذي ملكه الامام
هذه البقعة أول الفتح وقال أبو يوسف هو للواجد كما اذا وجد في أرض غير مملوكة لاحد وبه
قالت الثلاثة ولهما ان يد المختط سبقت اليه وهو مال مباح فكان أولى به هذا اذا كان
على ضرب أهل الجاهلية بأن كان نقشه صنما أو اسم ملك من ملوكهم وان كان ضرب
اسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو لقطة وان اشتبه الضرب فهو جاهلي في ظاهر المذهب
وقيل يجعل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد والمتاع من السلاح والآلات وأثاث المنازل
والفصوص والقماش في هذا كالكنز حتى يخمس (وزئبق) بالرفع أيضا أي ويخمس زئبق
عندهما لانه ينعقد كالرصاص خلافا لابي يوسف لانه جوهر سيال ذكره في دستور اللغة في باب
الزاي المكسورة (لا) يخمس (ركاز دار حرب) وجده مستأمن هناك الا اذا وجده في دار
بعضهم فانه يرده عليهم وسواء كان هذا معدنا أو كنزا فلذلك ذكره بلفظ الركاز (وفيروزج)
بالرفع عطف على قوله وزئبق أي ولا يخمس أيضا فيروزج وهو معرب بيروزه وهو حجر مضيء
يوجد في الجبال لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر (و) لا يخمس أيضا (لؤلؤ) لا (عنبر)
وكل حلية تستخرج من البحر حتى الذهب والفضة فيه بأن كانت كنزا في قعر البحر وقال أبو
يوسف يخمس ذلك كله لانه مما تحويه يد الملوك ولهما ان قعر البحر لا يرد عليه قهر أحد فلا يجب
والعنبر خثي دابة في البحر وقيل انه نبت فيه بمنزلة الحشيش وقيل انه شجر واللؤلؤ مطر ربيع
يقع في الصدف وقيل يخلق فيه من غير مطر والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (العشر)

(يجب) العشر (في عسل) وجد في (ارض العشر) وقال الشافعي ومالك لا يجب لانه متولد
من حيوان ولنا ورود الاثر بذلك وعند أحمد يجب العشر فيه وان كان من أرض خراجية
ثم عند أبي حنيفة يجب سواء كان نصابا أو لم يكن وعند أبي يوسف اذا بلغت قيمته خمسة أوسق
ففيه العشر وفي رواية خمسة امنان وعند محمد اذا بلغ خمسة أفراق يجب والفرق بفتحتين
ستة وثلاثون رطلا بالعراقي (و) يجب أيضا في كل شيء (مسقي سماء) أي مطر سمي سماء مجازا
من قبيل ذكر الشيء باسم ما يجاوره أو ما يحل فيه (و) مسقي (سيح) وهو الماء الذي يجري على
الارض وقوله (بلا شرط نصاب) يرجع الى الكل وقوله (وبقاء) يرجع الى قوله ومسقي سماء
وسيح وهذا عند أبي حنيفة فان عنده يجب العشر في كل شيء أخرجته الارض سواء سقي سيحا
أو سقته السماء ولا يشترط فيه نصاب ولا أن يكون مما يبقى حتى يجب في الخضراوات والبقول
وقالا لا يجب الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغت خمسة أوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله
صلى الله عليه وسلم لقوله عليه السلام ليس في حب ولا تمر صدقة حتى يبلغ خمسة أوسق رواه مسلم
وقوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة وبه قالت الثلاثة وله عموم قوله تعالى أنفقوا
من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض وقوله عليه السلام فيما سقت السماء والغيم
العشر وفيما سقي بالسانية نصف العشر رواه مسلم وغيره وما رويناه من الحديث الاول تأويله
زكاة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق كانت يومئذ أربعين درهما والحديث

الثاني

الثانى لم يثبت لان اباعيسى قال لم يصح فى هذا الباب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شئ ولو صح فهو محمول على صدقة يأخذها العاشر لانه يأخذ من مال التجارة اذا حال عليه الحول (الا الحطب والقصب) الفارسى (والحشيش) استثناء من قوله يجب العشر لانه لا يقصد بها استغلال الارض كالسعف والتبن وبزر البطيخ والقثاء والصمغ والقطران ونحو ذلك حتى اذا اتخذ أرضه مقصبة أو محطبة أو محشيشا يجب العشر وكذلك فى قصب السكر والذريرة والعصفر والكتان وبزره ونحوها (و) يجب (نصفه) أى نصف العشر (فى) كل شئ (مسقى غرب) بفتح الغين المعجمة وسكون الراء وهو الدلو العظيمة التى يستقى بالبقر (و) مسقى (دالية) وهى الناعورة وهى الدولاب لما قلنا (ولا ترفع المؤن) وهى جمع مؤنة مثل أجرة العمال ونفقة البقر وكرى الانهار وأجرة الحافظ ونحوها أراد ان هذه الاشياء لا تحتسب لاطلاق ما تلونا وما روينا (و) يجب (ضعفه) أى ضعف العشر وهو الخمس (فى أرض عشرية) كائنة (التغلبى) وهو منسوب الى بنى تغلب بفتح التاء المثناة من فوق وسكون الغين المعجمة وكسر اللام وهم قوم من نصارى العرب بقرب الروم وهذا باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم عندهما وعند محمد لا يضاعف لان الوظيفة فيها هذا فلا يتغير بشرائه من مسلم (وان اسلم) التغلبى وهو واصل بما قبله (او ابتاعها) أى أو اشتراها أى الارض العشرية (منه) أى من التغلبى (مسلم او ذمى) أراد ان التضعيف على حاله فى الصورتين عند أبى حنيفة لانه بمنزلة الخراج وهو لا يتبدل باسلام المالك وقال أبو يوسف يرفع التضعيف ويؤخذ منه عشر واحد ومحمد مع أبى حنيفة فى الاصح (و) يجب (خراج ان اشترى ذمى) غير تغلبى (ارضا عشرية من مسلم) عند أبى حنيفة و يبطل العشر لانه قربة وهو ليس من أهلها و يجب عند أبى يوسف عشران كالتغلبى وعند محمد عشر واحد كما كان لانه مؤنة الارض (و) يجب (عشر) واحد (ان اخذها) أى الارض الخراجية (منه) أى من الذمى (مسلم بشفعة) لتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها من المسلم (او رد) العقد (على البائع) المسلم (للفساد) أى لاجل فساد البيع لانه جعل كان لم يكن وكذلك الرد بخيار الشرط والرؤية والعيب بقضاء وان كان الرد بالعيب بغير قضاء فهى خراجية لانه اقالة وهى بيع فى حق غيرهما فصار شراء من الذمى فتنتقل اليه بما فيها من الوظيفة (وان جعل مسلم داره بستانا أو مزرعة (فمؤنته تدور مع مائه) فان سقاه بماء العشر فهو عشرى وان سقاه بماء الخراج فهو خراجى لان الارض لا تنمو الا بالماء فصارت تبعا له وليس هذا وضع خراج على مسلم لانه وظيفة قديمة فى الماء فلزمته بالسقى منه (بخلاف الذمى) اذا جعل داره بستانا حيث يجب عليه الخراج فيه مطلقا لانه اليق بحاله (وداره) أى دار الذمى (حرة) فلا يجب فيها شئ لانها لا تستنمى وكذلك المقابر (كعين قير) وهو القار وهو الزفت (ونفط) بكسر النون وهو دهن يكون على وجه الماء اذا وجدا (فى ارض عشرية) فلا يجب فيهما شئ لانهما عين فوارة كعين الماء (ولو) وجدا (فى ارض خراج يجب الخراج) فيهما ان كان حريمهما يصلح للزراعة فاذا لم يصلح فلا يجب الخراج أيضا

* هذا (باب) فى بيان أحكام (المصرف) *

بكسر الراء أى مصرف الزكاة وهم ثمانية بالنص وقد سقط منهم المؤلفة قلوبهم فبقيت سبعة على ما يعد هم (هو) أى المصرف (الفقير) أى أحد المصارف السبعة الفقير (و) الثانى

(المسكين وهو) أي المسكين (اسوأ حالا من الفقير) اذ المسكين من لا شيء له والفقير من له أدنى
شيء والعكس رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي أيضا (و) الثالث (العامل) على الزكاة
يصرف اليه بقدر عمله فيعطيه الامام ما يسعه وأعوانه واذا استغرقت كفايتهم الزكاة لا يزاد
على النصف وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية يعطى له ثمن الحاصل من الصدقات أو عشرها
(و) الرابع (المكاتب) يصرف الى فك رقبته سواء كان مولاه غنيا أو فقيرا وعند مالك لا يصرف
اليه بل يشترى رقبة تعتق ويكون الولاء للمسلمين (و) الخامس (المديون) الذي لا يملك نصابا
فاضلا عن دينه أو كان له مال على الناس لا يمكنه أخذه وهذا هو تفسير الغارم في الآية وقال
الشافعي هو من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين ولو كان غنيا
(و) السادس (منقطع الغزاة) أي الفقير منهم وهو المراد من قوله تعالى وفي سبيل الله عند
أبي يوسف وعند محمد هو منقطع الحاج وهم الفقراء منهم (و) السابع (ابن السبيل) وهو المسافر
سمي به للزومه الطريق فجاز له الاخذ من الزكاة قدر حاجته وان كان له مال في بلده بعد ان لم يقدر
عليه في الحال ولا يحل له أن يأخذ أكثر من حاجته والاولى أن يستقرض ان قدر عليه
(فيدفع) أي الزكاة يعني صاحب المال مخير ان شاء يدفع (الى كلهم) وهم الاصناف السبعة
المذكورون (او) يدفع (الى صنف) واحد منهم وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب
وابن عباس ومعاذ بن جبل وحذيفة بن اليمان وجماعة أخرى ولم يرو عن غيرهم من الصحابة
خلاف ذلك فكان اجماعا وقال الشافعي لا يجوز الا اذا دفعها الى ثمانية أصناف من كل صنف
ثلاثة أنفس الا العامل وكذا قال في جميع الصدقات كصدقة الفطر لان اللام للتمليك وعندنا
لبيان العاقبة انهم مصارف لا لبيان الاستحقاق (لا) تدفع (الى ذمي) وقال زفر تدفع اليه ولنا
حديث معاذ رضي الله عنه خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم حديث صحيح (وصح) دفع
(غيرها) أي غير الزكاة الى الذمي كصدقة الفطر والكفارات وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز
لحديث معاذ ولهما انه محل الصدقة غير ان الزكاة خصت بالحديث (وبناء مسجد) بالجر عطف
على قوله الى ذمي أي لا تصرف الى بناء مسجد وقنطرة وسقاية واصلاح طرق ونحوها لعدم
التمليك (و) كذا لا تصرف الى (تكفين ميت وقضاء دينه) أي دين الميت لما ذكرنا وفي المفيد
لو قضى بها دين حي أو ميت بأمره جاز (و) كذا لا تصرف الى (شراء قن يعتق) خلافا لمالك
وقد ذكرناه (و) لا يدفع أيضا الى (اصله) وهم الآباء والامهات (وان علا) الاصل وهم
الاجداد والجدات من قبل الاب والام (و) كذا لا يدفع الى (فرعه) وهم الاولاد (وان سفل)
الفرع وهم أولاد الاولاد (و) كذا لا يدفع الزوج الى (زوجته) بالاتفاق (و) كذا لا تدفع
الزوجة الى (زوجها) عند أبي حنيفة وبه قال أحمد في الاصح وقالا تدفع اليه وبه قال الشافعي
لحديث زينب قالت يا رسول الله اني أتصدق على زوجي أفتجزيني قال لك أجران أجر الصدقة
وأجر الصلة والصدقة المطلقة هي الزكاة وله ان الزوجية أصل الولادة والحديث محمول
على صدقة التطوع (و) كذا لا يدفع الى (عبده ومكاتبه) لانه عبد ما بقي عليه درهم (ومدبره)
المطلق والمقيد (وام ولده) لعدم التمليك من هؤلاء وهذا بالاجماع الا عن أحمد في المكاتب في
الاشهر (و) كذا لا يدفع الى عبده (معتق البعض) عند أبي حنيفة لانه كالمكاتب عنده

وعندهما اذا أعتق بعضه عتق كله فيصير أجنبيا عنه (و) كذا لايدفع الى (غنى يملك نصابا) وقال الشافعى يجوز دفعها الى غنى الغزاة اذا لم يكن له شئ فى الديوان ولم يكن يأخذ من الفئ وانما قيد بقوله يملك نصابا لان الغنى على ثلاث مراتب الاولى ما يتعلق به وجوب الزكاة والثانية ما يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاضحية وهو ما يكون مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو المراد ههنا لان حرمان الزكاة يتعلق به والثالثة ما يتعلق به تحريم السؤال وهو أن يكون مالكا لقوت يومه وما يستر به عورته عند عامة العلماء وكذا الفقير القوى المكتسب يحرم عليه السؤال (و) كذا لاتدفع الى (عبده) أى عبد غنى لانه يقع للمولى (و) كذا لاتدفع الى (طفله) أى طفل غنى وهم أولاده الصغار لان نفقتهم عليه بخلاف أولاده الكبار (و) كذا لاتدفع الى (بنى هاشم) لقوله عليه السلام ان هذه الصدقات انما هى أوساخ الناس وانها لاتحل لمحمد ولا لآل محمد رواه مسلم وقوله عليه السلام نحن أهل بيت لاتحل لنا الصدقة رواه البخارى وفسرهم القدورى بقوله وهم آل على وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحرث بن عبد المطلب وفائدة تخصيصهم بالذكر جواز الدفع الى بعض بنى هاشم وهم بنو أبى لهب لانهم آذوا النبى صلى الله عليه وسلم فاستحقوا الاهانة ويجوز صرف صدقة النفل اليهم على وجه الصلة والهاشمى يجوز له أن يدفع زكاته الى هاشمى مثله عند أبى حنيفة خلافا لابى يوسف (و) كذا لاتدفع الى (مواليهم) أى موالى بنى هاشم لقوله عليه السلام فى حديث طويل وان مولى القوم منهم رواه الجماعة (ولو دفع) رجل زكاته (بتحر) أى اجتهاد (فبان) أى ظهر (انه) أى المدفوع اليه (غنى او هاشمى او كافر او) بان أنه (ابوه او ابنه صح) دفعه عندهما خلافا لابى يوسف لان خطأه ظهر بيقين وبه قال الشافعى ولهما انه أتى بما أمر به فصح حتى اذا دفع بغير تحر وأخطأ لايجزيه (ولو) بان أنه (عبده او مكاتبه لا) يصح لانه لم يخرج عن ملكه (وكره الاغناء) بأن يعطى لواحد نصابا فصاعدا ولكنه يجوز خلافا لزفر لان الغنى قارن الاداء قلنا هو حالة التمليك فقير والغنى انما يحصل بعد تمامه وانما كره لانه جاور المفسد (وندب) الاغناء أى استحب (عن السؤال) لقوله عليه السلام أغنوهم عن المسئلة فى مثل هذا اليوم (وكره نقلها) أى نقل الزكاة (الى بلد آخر) غير بلده لحديث معاذ المتقدم وانما يكره اذا كان (لغير قريب) له (و) لغير (احوج) من أهل بلده اما القريب فلصلة الرحم واما للاحوج فلزيادة دفع الحاجة (ولا يسأل من له قوت يومه) يعنى لايحل له السؤال لقوله عليه السلام من سأل وعنده ما يغنيه فانما يستكثر جمر جهنم قالوا يا رسول الله ما يغنيه قال ما يغديه ويعشيه رواه أبو داود وأحمد وغيرهما والله اعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (صدقة الفطر)

هذه الاضافة من اضافة الشئ الى شرطه كحجة الاسلام حتى لاتتكرر باعادة الفطر بل تتكرر بتكرر الرأس حتى يجب عليه عن أولاده الصغار ومماليكه للخدمة (تجب) فعل وفاعله بعد أربعة أسطر وهو قوله نصف صاع فعلى هذا يجب تذكيره ويجوز أن يكون فاعله ضميرا راجعا الى صدقة الفطر فى الباب فيجب التأنيث حينئذ فيكون التقدير تجب صدقة الفطر ويكون قوله نصف صاع خبر مبتدا محذوف أى هى نصف صاع ويجوز أن يكون بدلا فافهم (على حر)

احترز به عن الرقيق (مسلم) احترز به عن الكافر (ذى) أى صاحب (نصاب فضل عن مسكنه
وثيابه وأثاثه وفرسه وعبيده وسلاحه) وقال الشافعى اذا ملك شيأ يفضل عن قوت نفسه وعياله
فى اليوم الذى يتعلق فيه الوجوب بذمته يجب عليه لاطلاق الاخبار وبه قال أحمد ولنا قوله عليه
الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى فيشترط الغنى كالزكاة (عن نفسه) يتعلق بيجب أى
يجب أن يخرجها عن نفسه (وطفله الفقير) يعنى أولاده الصغار الفقراء فان كان طفله غنيا
يجب فى ماله خلافا لمحمد (و) عن (عبده للخدمة) فلا تجب عن عبده للتجارة خلافا للشافعى (و) عن
(مدبره وأم ولده) لما روى الدارقطنى انه عليه السلام أمر بصدقة الفطر عن الصغير والكبير
والحر والعبد ممن تمونون وهؤلاء المذكورون بهذه الصفة على الكمال (لا) تجب عليه (عن
زوجته و) عن (ولده الكبير) خلافا للشافعى فيهما لانه لا يمونهما ومؤنة الزوجة لضرورة نظام
مصالح النكاح ولهذا لا يجب عليه غير الرواتب نحو الادوية (و) لا عن (مكاتبه) لعدم الولاية
عليه خلافا لمالك (و) لا عن (عبد) مشترك بين اثنين (او عبيد) مشتركين بينهما أشار الى ذلك
فى الصورتين بقوله (لهما) أى للاثنين وقال الشافعى يجب عليهما فى عبد مشترك وقال أبو
يوسف ومحمد يجب عليهما فى العبيد المشتركين يجب على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس
دون الاشقاص يعنى يجب على كل واحد فطرة عبد فى الاثنين أو الثلاثة وفطرة عبدين فى الاربعة
أو الخمسة وفطرة ثلاثة أعبد فى الستة أو السبعة هكذا وهذا بناء على ان أبا حنيفة لا يرى قسمة
الرقيق وهما يريانها (ويتوقف) وجوب صدقة الفطر (لو) كان (مبيعا بخيار) لاحدهما
أو لهما فاذا مر يوم الفطر والخيار باق تجب على من يصير له العبد فان تم البيع فعلى المشترى
وان فسخ فعلى البائع وقال زفر والشافعى تجب على من له الخيار كيفما كان لان الملك له قلنا
وجوبها على المالك وهو من يستقر له الملك (نصف صاع) بالرفع قد مر الكلام فيه عن قريب
ونصف صاع (من بر) وهو القمح (او دقيقه) أى أو دقيق البر (او سويقه) وهو البر المقلو وقال
الشافعى لا يجوز منهما (او) نصف صاع أيضا من (زبيب) عند أبى حنيفة فى رواية وفى أخرى
صاع منه كالشعير لانه ناقص فى معنى التغذية وهى قولهما والثلاثة وعند الشافعى من جميع
ذلك صاع ولا يجزئ نصف صاع من بر لقول أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه كنا نخرج على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير أو صاعا من تمر أو صاعا من أقط
أو صاعا من زبيب وفى بعض طرقه ذكر صاعا من دقيق ولنا ما رواه الحاكم فى مستدركه عن
ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم انه أمر عمرو بن حزم فى زكاة الفطر بنصف
صاع من حنطة أو صاع من تمر وقال هو على شرط البخارى ومسلم وهو مذهب جمهور الصحابة
منهم الخلفاء الراشدون وابن مسعود وابن عباس وابن الزبير وجابر وغيرهم من كبار الصحابة
رضى الله عنهم ولم يرو عن أحد منهم ان نصف صاع من بر لا يجزيه فكان اجماعا وحديث الخدرى
محمول على انهم كانوا يتبرعون بالزيادة وكلامنا فى الوجوب (وهو) أى الصاع (ثمانية ارطال)
بالبغدادى عندهما وقال أبو يوسف خمسة ارطال وثلث وبه قالت الثلاثة لقوله عليه السلام
صاعنا أصغر الصيعان ولهما ما رواه صاحب الامام عن أنس كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يتوضأ بمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وليس فى حديثه دلالة على ما قال وانما ثبت

انه

انه أصغر وجاز أن يكون ثمانية أرطال أصغر الصيعان وقيل لا خلاف في الحقيقة لان أبا يوسف لما حرر صاع أهل المدينة وجده خمسة ارطال وثلثا برطل أهل المدينة وهو أكبر من رطل أهل بغداد لانه ثلاثون استارا والرطل البغدادى عشرون استارا فاذا قابلت ثمانية أرطال بالبغدادى بخمسة ارطال وثلث رطل بالمدنى تجدهما سواء فوقع الوهم لاجل ذلك (صبح) منصوب على الظرفية والعامل فيه تجب أى تجب صدقة الفطر فى صبح (يوم الفطر) وهو طلوع الفجر منه وقال الشافعى يتعلق بغروب الشمس من اليوم الاخير من رمضان وبطلوع الفجر يوم العيد فى قول وبمجموع الوقتين فى قول ثالث ثم فرع على هذا الخلاف بالفاء بقوله (فمن مات قبله) أى قبل صبح يوم الفطر (أو اسلم) من الكفار (أو ولد بعده) أى بعد صبح يوم الفطر (لا تجب) عليه صدقة الفطر وعند الشافعى لا تجب على من مات قبل غروب الشمس من اليوم الاخير من رمضان أو أسلم أو ولد بعده (وصح لو قدم) صدقة الفطر على وقت الوجوب وهو يوم الفطر (أو اخر) ها عنه وقال الحسن بن زياد لا يجوز تقديمها وعند مالك وأحمد لو قدم يوما أو يومين صح وبأكثر لا وعند الشافعى لو قدم شهرا صح وبأكثر لا ولا تسقط بالتأخير وقال الحسن بن زياد تسقط بمضى يوم الفطر كالاضحية تسقط بمضى أيام النحر قلنا هى قربة معقولة فلا تسقط بمضى الوقت كالزكاة بخلاف الاضحية لان اراقة الدم غير معقول المعنى فلا تكون قربة الا فى وقتها

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الصوم) *

كان ينبغى أن يذكر كتاب الصوم عقيب كتاب الصلاة لان كلا منهما عبادة بدنية الا انه اتبع القرآن وهو قوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة والحديث بنى الاسلام على خمس الخ وهو لغة امساك مطلقا قال النابغة * خيل صيام وخيل غير صائمة * تحت العجاج وأخرى تأكل اللجما أى ممسكة عن السير وشرعا (هو) أى الصوم (ترك الاكل والشرب والجماع من الصبح) أى من طلوع الفجر الصادق (الى الغروب) أى الى غروب الشمس ملتبسا (بنية) لتميز العبادة عن العادة حاصلا (من اهله) أى من أهل الصوم وهو ان يكون مسلما عاقلا بالغا طاهرا من الحيض والنفاس (وصح صوم) شهر (رمضان وهو) أى والحال ان صوم رمضان (فرض) بالكتاب والسنة والاجماع (و) صح أيضا صوم (النذر المعين) مثل ما اذا نذر صوم شهر رجب مثلا (وهو) أى والحال ان صوم النذر المعين (واجب) لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وقوله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم فان قلت فعلى هذا لا فرق بين صوم رمضان وصوم النذر المعين فى الفرضية لان كلا منهما ثابت بالكتاب فلم أطلق الوجوب عليه قلت خص من الآية ما ليس من جنسه واجبا كعيادة المريض وتجديد الوضوء عند كل صلاة ونحو ذلك فلا يكون قطعيا كالآية المؤولة وخبر الواحد وبمثله لا يثبت الا الوجوب (و) صح أيضا صوم (النفل) أى التطوع فالحاصل ان هذه الصيامات الثلاثة انما تصح (بنية) حاصلة (من الليل الى ما قبل نصف النهار) عندنا وقال زفر يصح صوم رمضان من الصحيح المقيم من غير نية لانه متعين من غير نية ولنا ما ذكرنا وقال الشافعى تعيين النية الرمضانية والتبييت بها من الليل شرط لقوله عليه السلام لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ويعزم رواه أبو داود والترمذى وحسنه وبه قال مالك وأحمد ولنا انه

تعالى أباح له الاكل والشرب الى طلوع الفجر ثم أمر به بعده بكلمة ثم حيث قال ثم أتموا الصيام الى الليل وهى للتراخى فتصير العزيمة بعد الفجر لامحالة والحديث محمول على نفى الفضيلة كحديث التسمية أو على غير المتعين من الصيام كالقضاء والكفارات وأما النفل فقد قال مالك لا يجوز بنية من النهار وقال الشافعى يجوز بنية بعد الزوال أيضا وبه قال أحمد لان مبناه على التخفيف قلنا هذا لا يصح لان النية انما تصح اذا وقعت فى الليل أو فى أكثر النهار لان للاكثر حكم الكل فلذلك قال الشيخ الى ماقبل نصف النهار وهو أحسن من قول القدورى ما بينه وبين الزوال حيث لا تقع النية فى أكثر النهار على قوله لان نصف اليوم من طلوع الفجر الصادق الى الضحوة الكبرى لا وقت الزوال (و) يصح صوم رمضان أيضا (بمطلق النية) يعنى بنية الصوم فقط (وبنية النفل) وبنية واجب آخر أيضا وكذلك يتأدى النذر المعين بجميع ذلك الا بنية واجب آخر فانه اذا نوى فيه واجبا آخر يكون عما نوى ولا يكون عن النذر وقال الشافعى رضى الله عنه لا يجوز الا بالتعيين عن فرض الوقت على مامر والذى قلنا فى صوم رمضان انما هو فى الصحيح المقيم لان المريض اذا نوى عن واجب آخر فعن أبى حنيفة روايتان فى رواية يقع عما نوى وفى رواية وهى قولهما يقع عن رمضان وهى الاصح والمسافر اذا نوى واجبا آخر يقع عما نوى عند أبى حنيفة وعندهما عن فرض الوقت ولو نوى النفل فعنه روايتان (ومابقى) من الصيامات غير ماذكر مثل قضاء رمضان والكفارات والنذر المطلق (لم يجز الا بنية معينة مبيتة) من الليل فلا يصح بنية من النهار لان الوجوب ثابت فى الذمة والزمان غير متعين لها فلم يكن بد من التعيين ابتداء (ويثبت) شهر (رمضان برؤية هلاله أو بعد) شهر (شعبان ثلاثين) يوما لقوله عليه السلام لا تصوموا حتى تروا الهلال ولا تفطروا حتى تروه فان غم عليكم فاقدروا له رواه البخارى ومعنى فاقدروا له قدروا عدده باستيفاء عدد الثلاثين (ولا يصام يوم الشك) وهو اليوم الذى يتحدث الناس فيه برؤية الهلال ولم يثبت رؤيته أو شهد واحد فردت شهادته أو شاهدان فاسقان فردت شهادتهما وانما يكره لقوله عليه السلام لا تقدموا الشهر حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة ثم صوموا حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة رواه أبوداود والنسائى وانما استثنى بقوله (الا تطوعا) لما روى عمران بن حصين رضى الله عنه انه عليه السلام قال لرجل هل صمت من سرر شعبان قال لا قال فاذا أفطرت فصم يوما مكانه وفى لفظ فصم يوما رواه البخارى ومسلم وصح أيضا انه قال أفضل الصيام صوم أخى داود وهو مطلق فيدخل فيه الكل وهو مذهب عمرو بن العاص ومعاوية وعائشة وأسماء رضى الله عنهم وسرر الشهر آخره سمى به لاستسرار القمر فيه فعلم بهذا ان المراد بالحديث الاول غير التطوع حتى لا يزاد على صوم رمضان كما زاد أهل الكتاب على صومهم وقال الشافعى يكره الصوم اذا انتصف شعبان لقوله عليه السلام اذا انتصف شعبان فلا تصوموا رواه أبوداود ولنا مارويناوصح عنه عليه السلام انه كان يصوم شعبان كله ومارواه غير محفوظ قاله أحمد (ومن رأى هلال رمضان او) هلال (الفطر ورد قوله) بأن لم يسمع القاضى كلامه لانفراده بالرؤية (صام) هو لانه شهد الشهر وأما هلال الفطر فللاحتياط (وان أفطر) بعد مارد القاضى شهادته (قضى) يوما (فقط) يعنى لا تجب عليه الكفارة أما فى هلال الفطر فلانه يوم عيد عنده فيكون شبهة وأما فى هلال رمضان فلان الشرع

كذبه فتمكنت الشبهة وقيل تجب الكفارة أيضا وبه قال الشافعي في هلال رمضان ان أفطر بالوقاع والصحيح هو الاول (وقبل بعلة) في السماء مثل الغيم والغبار ونحوهما (خبر عدل) واحد (ولو) كان (قنا) أي رقيقا واختار هذا اللفظ ليشمل المكاتب والمدبر ومعتق البعض وكذلك قال (أو أنثى) ليشمل الامة والمكاتبة والمدبرة وأم الولد واللام في (لرمضان) تتعلق بقوله وقبل أي قبل لاجل شهر رمضان لانه أمر ديني فقبل فيه خبر الواحد مطلقا كرواية الاخبار بشرط العدالة وما روى عن الطحاوي عدلا كان أو غير عدل معناه أن يكون مستورا وهو الذي لم يعرف بالعدالة ولا بالدعارة ويقبل فيه خبر المحدود بالقذف بعد ما تاب وعن أبي حنيفة لا يقبل والاول أصح وقال مالك والشافعي في أصح قوليه يشترط المثنى كسائر الشهادات ولنا ما روى عن ابن عباس انه قال جاء اعرابي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى رأيت الهلال فقال أتشهد أن لا اله الا الله قال نعم قال أتشهد ان محمدا رسول الله قال نعم قال يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا رواه أبو داود والترمذي (و) قبل خبر (حرين أو) خبر (حر وحرتين للفطر) أي لاجل هلال الفطر كما في سائر الاحكام لان فيه منفعة العباد وهي الافطار فلهذا شرطت فيه العدالة والحرية والعدد ولفظ الشهادة ولكن لا يشترط فيه الدعوى كعتق الامة وطلاق الحرة ولا تقبل فيه شهادة المحدود في قذف لكونه شهادة (والا) أي وان لم يكن بالسماء علة (فجمع) أي فيشترط جمع (عظيم) يقع العلم بخبرهم وقيل أهل المحلة وعن أبي يوسف خمسون رجلا كالقسامة وعن خلف بن أيوب خمسمائة ببلخ قليل لان المطالع متحدة والموانع مرتفعة والابصار صحيحة فلا يجوز أن يختص برؤيته البعض القليل وأشار بقوله (لهما) أي لرمضان وللفطر الى أنهما متساويان في الحكم المذكور والاكتفاء باثنين رواية عن أبي حنيفة وبه قال مالك والشافعي في قول وعند أحمد يكتفى بعدل (و) هلال (الاضحى كالفطر) أي كهلال الفطر فلا يثبت الا بما يثبت به الفطر لانه تعلق به حق العباد وعن أبي حنيفة انه كرمضان والاول أصح (ولا عبرة لاختلاف المطالع) بل اذا ثبت في مصر لزم سائر الناس وقيل يختلف باختلاف المطالع وهو منقول عن شمس الائمة السرخسي وهذا هو الاشبه وان كان الاول هو الاصح للاحتياط لان انفصال الهلال من شعاع الشمس يختلف باختلاف الاقطار كما في دخول الوقت وخروجه حتى اذا زالت الشمس في الشرق لا يلزم منه أن تزول في الغرب وكذا طلوع الفجر وغروب الشمس بل كلما تحركت الشمس درجة فتلك طلوع فجر لقوم وطلوع شمس لآخرين وغروب لبعض ونصف ليل لآخرين وهذا مثبت في علم الافلاك والهيئة

* هذا (باب) في بيان أحكام (ما يفسد الصوم وما لا يفسده) *

فساد الشئ اخراجه عما هو المطلوب (فان أكل الصائم أو شرب أو جامع) حال كونه (ناسيا) وهو قيد للثلاثة والقياس في هذه أن يفطر كما ذهب اليه مالك ولكن روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا نسى وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه رواه البخاري ومسلم فان قلت لم لا يجوز أن يكون المراد بالحديث الامساك تشبها كالحائض قلت المأمور به اتمام الصوم وبالامساك تشبها لا يتم صومه ويؤيده ما روى انه عليه السلام قال اذا أكل الصائم ناسيا أو شرب ناسيا فانما هو رزق ساقه الله اليه فلا قضاء عليه رواه الدارقطني

وقال اسناده صحيح واذا ثبت فى الاكل والشرب ثبت أيضا فى الجماع دلالة (او احتلم) الصائم فى نومه لقوله عليه السلام لا يفطر من قاء ولا من احتلم ولا من احتجم رواه أبو داود (او انزل) الصائم (بنظر) لعدم المباشرة وقال مالك ان أنزل بالنظرة الاولى لا يفسد صومه وان أنزل بالثانية يفسد (او ادهن) بزيت أو غيره من الادهان لعدم المنافى (او احتجم) لما روينا وهو قول جمهور العلماء وقال أحمد يفطر لقوله عليه السلام أفطر الحاجم والمحجوم رواه الترمذى قلنا هذا منسوخ (او اكتحل) لما روى عن عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم اكتحل وهو صائم رواه الدارقطنى ولا فرق بين أن يجد طعم الكحل فى حلقه أو لم يجد وكذا لو بزق ووجد لونه فى الاصح وقال مالك وأحمد يفسد صومه اذا وصل الى حلقه لما روى انه عليه السلام أمر بالاثمد المروح عند النوم وقال ليتقه الصائم ولنا ما روينا وما رويناه منكر قال يحيى بن معين فلا يصح الاحتجاج به ولئن صح فهو محمول على انه عليه السلام قال ذلك شفقة عليهم لاحتمال انه عليه السلام عرف فى الاثمد صفة لا توافق الصائم كالحرارة ونحوه (او قبل) ولم ينزل لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه انه عليه السلام رخص فى القبلة للصائم والحجامة رواه الدارقطنى وقال رواته ثقات والامر يدور بالشهوة هنا حتى اذا أنزل يفسد صومه بخلاف المصاهرة والرجعة فانهما يثبتان به وان لم ينزل حتى لو أنزل لا يثبت حكم المصاهرة (او دخل حلقه) أى حلق الصائم (ذباب او غبار وهو) أى والحال انه (ذاكر لصومه) لعدم استطاعة الامتناع عنه فاشبه الدخان بخلاف المطر والثلج فى الاصح (او اكل ما بين أسنانه) اذا كان قليلا لعدم امكان الاحتراز عنه وان كان كثيرا يفطره وقال زفر يفطره فى الوجهين والفاصل بينهما قدر الحمصة فما دونه قليل وان أخذه بيده وأخرجه ثم أكله ينبغى أن يفسد صومه كما روى عن محمد أن الصائم اذا ابتلع سمسمة بين أسنانه لا يفسد صومه ولو ابتلعها من خارج ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفى مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند أبى يوسف وعند زفر عليه الكفارة ولو جمع ريقه فى فيه ثم ابتلعه لم يفطر ويكره ولو أخرجه ثم ابتلعه يفطر كريق غيره (او قاء وعاد) لقوله عليه السلام من ذرعه القىء فليس عليه قضاء ومن استقاء عمدا فليقض رواه أبو داود وقال الدارقطنى رواته ثقات ويستوى فيه ملء الفم وما دونه وقوله وعاد وقع اتفاقا وليس بقيد لان العود ليس بشرط لانتفاء الفطر على ما يجىء بيانه ان شاء الله وهذا قول محمد رحمه الله (لم يفطر) جواب المسائل المذكورة من عند قوله فان أكل (وان اعاده) أى القىء (او استقاء) أى أو طلب القىء وهذا على أقسام اما ان قاء عمدا أو ذرعه وكل واحد اما يملأ الفم أولا وكل واحد منهما اما ان عاد هو بنفسه أو اعاده هو أو خرج ولم يعده هو ولا عاد بنفسه فان ذرعه لا يفطر قل أو كثر وان عاد هو بنفسه وهو ذاكر للصوم ان كان ملء الفم فسد صومه عند أبى يوسف وعند محمد لا وهو الصحيح وان أعاده أفطر بالاجماع وان كان أقل من ملء الفم لا يفطر وان عاد أيضا لا يفطر أيضا بالاجماع وان أعاده أفطر عند محمد خلافا لابى يوسف وان استقاء عامدا ان كان ملء الفم فسد بالاجماع ولا يتأتى فيه تفريع العود والاعادة لانه أفطر بالقىء وان كان أقل من ملء فيه أفطر عند محمد خلافا لابى يوسف ثم ان عاد بنفسه لم يفطر وان أعاده ففيه روايتان فى رواية يفطر وفى أخرى لا هذا اذا قاء طعاما أو مرة أو ماء فان

قاء

قاء بلغما فغير مفسد عندهما خلافا لابي يوسف اذا ملأ الفم وفي خزانة الاكمل ان قاء مرارا في
مجالس واحد مل ء فيه لزمه القضاء وان كان في مجالس أو غدوة ثم نصف النهار ثم عشية لا يلزمه
القضاء (او ابتلع حصاة او حديدا) أو حجرا أو ترابا أو شيأ مما لا يتغذى به لوجود صورة الفطر
وقال مالك لا يشترط كون المأكول غذاء في وجوب الكفارة ولو ابتلع دقيقا أو عجينا أو أرزا
لا تجب الكفارة الا عند محمد وفي الملح لا تجب الا اذا اعتاد أكله وحده وقيل في قليله يجب دون
كثيره وفي النيء من اللحم يجب دون الشحم وعند أبي الليث يجب في الشحم أيضا هذا اذا كان
غير قديد وان كان قديدا يجب فيهما وعلى هذا أوراق الاشجار اذا كانت تؤكل عادة يجب فيه
والا فلا وعلى هذا التفصيل النباتات كلها ولا يجب في الطين الا في الطين الارمني لانه يتداوى به
قوله (قضى) جواب المسائل المذكورة بكلمة ان وأشار بقوله (فقط) الى نفي وجوب الكفارة
(ومن جامع) في قبل أو دبر على الصحيح (او جومع) ذكرا كان أو أنثى اذا كان بطوعهما وقال
الشافعي لا تجب الكفارة على المطاوعة وبه قال مالك وأحمد وفي قول للشافعي يلزمها ولكن
يتحملها الزوج وفي قول كمذهبنا لقوله عليه السلام من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر
رواه الدارقطني وكلمة من تطلق على الذكر والانثى (أو اكل أو شرب غذاء أو دواء) حال كونه
(عمدا) أي عامدا او يرجع هذا القيد الى جميع الثلاثة (قضى) صوم ذلك اليوم بلا خلاف
(وكفر) عندنا خلافا للشافعي فعنده الكفارة لا تجب الا بالجماع ولنا ما رويناه الآن
وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه ان رجلا أفطر في رمضان فأمره عليه السلام أن يعتق
رقبة رواه مسلم وأبو داود ولفظ أفطر في الحديثين يتناول المأكول وغيره والانزال في الجماع
ليس بشرط لانه تبع والتقاء الختانين كاف والكاف في قوله (ككفارة الظهار) في محل
النصب لانه صفة مصدر محذوف تقديره وكفر تكفيرا ككفارة الظهار في الترتيب وقال مالك
وأحمد في رواية ككفارة اليمين ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال جاء رجل الى
النبي صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يا رسول الله فقال وما أهلكك قال وقعت على امرأتي في
رمضان قال هل تجد ما تعتق رقبة قال لا قال هل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال
فهل تجد ما تطعم ستين مسكينا قال لا ثم جلس ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر فقال
تصدق بهذا فقال أعلى أفقر منا فما بين لابتيها اهل بيت أحوج من أهل بيتي فضحك النبي صلى
الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه فقال اذهب فأطعمه أهلك رواه الجماعة وهذا ظاهر على وجوبه
مرتبا وخص الاعرابي بأحكام ثلاثة بجواز الاطعام مع القدرة على الصيام وصرفه الى نفسه
والاكتفاء بخمسة عشر صاعا (ولا كفارة بالانزال فيما دون الفرج) أي القبل والدبر كالتبطين
والتفخيذ والاستمناء بالكف واختلف فيه فقيل يحرم الاستمتاع بالكف وعن عطاء سمعت
قوما يحشرون وأيديهم حبالى فأظن انهم هؤلاء وقال سعيد بن جبير عذب الله أمة كانوا يعبثون
بمذا كيرهم وقيل ان قصد به تسكين الشهوة يرجى أن لا يكون عليه وبال (و) لا (بافساد صوم
غير رمضان) ولو في قضاء رمضان لان الكفارة وردت في هتك رمضان اذ لا يجوز اخلاؤه من
الصوم بخلاف غيره من الازمنة (وان احتقن) أي وضع حقنة في دبره (او استعط) أي صب
في أنفه سعوطا وهو بفتح السين ما يجعل في الانف من الادوية ومنه يقال سعطته وأسعطته

(أوأقطر فى أذنه) دهنا لان الماء اذا أقطره فيه لا يفطره ولو استنشق ووصل الماء الى دماغه
يفطر (او داوى جائفة) وهى الطعنة التى تبلغ الجوف (او) داوى (آمة) وهى الشجة التى تبلغ
أم الرأس (بدواء) سواء كان رطبا أو يابسا لان الاعتبار للوصول فلذلك لم يقيده بالرطب
كالقدورى وغيره وقال (ووصل) الى (جوفه) فى الجائفة (او) الى (دماغه) فى الآمة وهذا عند
أبى حنيفة لوصول الغذاء الى جوفه وقالا لا يفطر لانه لم يصل من المنفذ الاصلى وقيل الرطب
مفسد عنده خلافا لهما واليابس ليس بمفطر اتفاقا والاكثرون على ان العبرة للوصول كما ذكرناه
قوله (أفطر) جواب المسائل المذكورة فى قوله وان احتقن الخ (وان أقطر فى احليله) وهو
منفذ الذكر (لا) يفطر سواء كان ماء أودهنا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يفطر ومحمد مضطرب
والاصح انه مع أبى حنيفة وهذا الاختلاف مبنى على انه هل بين المثانة والجوف منفذ أم لا
واختلفوا فى الاقطار فى قبلها والصحيح الفطر ولو أدخلت اصبعها فى فرجها أو دبرها لا يفسد
صومها على المختار الا أن تكون مبلولة بماء أودهن ولو أدخل اصبعه فى دبره اختلفوا فى وجوب
الغسل والقضاء والاصح عدم الوجوب كالخشبة لا كالذكر (وكره) للصائم (ذوق شئ) لانه
تعرض لافساد صومه الا المرأة اذا كان زوجها سيئ الخلق فلا بأس أن تذوق المرقة بطرف
لسانها اوفى حالة الشراء أيضا لا يكره للضرورة (و) كذا يكره (مضغه) أى مضغ الصائم شيأ
لما ذكرنا وقوله (بلا عذر) يرجع الى الذوق والمضغ جميعا بخلاف ما جعله الشارح قيدا للمضغ
فقط ومن العذر أن لا تجد المرأة من يمضغ لصبيها الطعام من حائض أو نفساء أو غيرهما ممن
لا يصوم ولم تجد طبيخا ولا لبنا حليبا (و) كذا يكره (مضغ العلك) لانه يتهم بالافطار واطلاقه
يدل على ان جميع أنواعه لا يفطر ولكن فيه تفصيل وهو انه اذا كان ممضوغا لا يفطر وان كان
غير ممضوغ يفطر وقيل فى الاسود يفسد وان كان ملتئما وفى غير الصوم لا يكره للمرأة ويكره
للرجل اذا لم يكن من علة وقيل لا يكره ولا يستحب (لا) يكره (كحل) بفتح الكاف مصدر من
كحل يكحل وبالضم اسم لما روى عن عائشة رضى الله عنها انه عليه السلام اكتحل وهو صائم
رواه الدارقطنى (و) لا (دهن شارب) بفتح الدال مصدر وبالضم اسم والمعنى على الاول لانه ليس
فيه شئ ينافى الصوم بخلاف المحرم (و) لا يكره أيضا (سواك) أى استعماله لان السواك اسم
للخشبة لما روى عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يستاك وهو صائم ما لا أعده ولا أحصى رواه أبو داود والترمذى وانما أطلق ذكره ليتناول
المبلول وغيره وأول النهار وآخره وكرهه أبو يوسف بالرطب والمبلول بالماء وكرهه الشافعى بعد
الزوال وبه قال أحمد وكرهه مالك بالرطب (و) لا يكره أيضا (قبلة ان أمن) على نفسه لما روت
عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل وهو صائم ويباشر وهو
صائم ولكنه كان أملك لاربه رواه البخارى وأبو داود ويكره ان لم يأمن والشافعى رضى الله عنه
أباحها فى الوجهين والمس كالقبلة والمباشرة مثل التقبيل فى ظاهر الرواية خلافا لمحمد رحمه الله
وتفسير المباشرة أن يتجردا عن الثياب ويضع فرجه على فرجها

* هذا (فصل فى) بيان أحكام (العوارض) *

وهو جمع عارضة من عرض الامر اذا حدث (لمن خاف) من المرض (زيادة المرض) أو تأخر

برئه (الفطر) فى رمضان لان ذلك قد يفضى الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه. هذا عند أبى حنيفة
وعندهما اذا عجز عن القيام فى الصلاة له الفطر وقال الشافعى لا يفطر الا اذا خاف الهلاك
والاصل مرّ فى التيمم وطريق معرفته الاجتهاد فان غلب على ظنه أفطر وكذا اذا أخبره
طبيب حاذق عدل والصحيح الذى يخشى أن يمرض بالصوم فهو كالمريض وكذا الامة التى تخدم
اذا خافت الضعف جاز ان تفطر ثم تقضى (وللمسافر) الفطر أيضا (و) لكن (صومه احب ان
لم يضره) لقوله تعالى وأن تصوموا خير لكم وقال الشافعى الفطر أفضل لقوله عليه السلام
ليس من البر الصوم فى السفر ولنا ما رواه أنس كنا نسافر مع النبى صلى الله عليه وسلم فمنا الصائم
ومنا المفطر فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم رواه البخارى ومسلم وما رواه
خرج فى مسافر ضرّه الصوم على ما روى فى القصة انه غشى عليه ونحن نقول به (ولا قضاء
ان ماتا) أى المريض والمسافر (عليهما) أى على حالهما من المرض والسفر لانهما لم يدركا عدة
من أيام أخر لانهما عذرا فى الاداء فلان يعذرا فى القضاء أولى وان صح المريض أو أقام المسافر
ولم يقض حتى مات لزمه القضاء بقدر الصحة والاقامة أى لزمه الايصاء به (ويطعم وليهما)
أى ولىّ المريض والمسافر وهو الوصىّ (لكل يوم) من الايام التى أفطرا فيها نصف صاع من
برّ او صاعا من غيره (كالفطرة) هذا اذا كان (بوصية) منهما حتى اذا لم يوصيا بذلك لم يلزم الولى
أن يطعم عنهما لانها عبادة فلا بدّ من أمره وذلك بالايصاء وان فعل الولى ذلك جاز ويكون له
الثواب كذا فى الاختيار وكذا كفارة اليمين والقتل اذا تبرع الولىّ بالاطعام أو الكسوة تجوز
دون الاعتاق وقال الشافعى يلزم الولى اعتبارا بديون العباد ولهذا تعتبر عنده من جميع المال
والصلاة كالصوم استحسانا لكونها أهم وتعتبر كل صلاة بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه
الولى ولا يصلى خلافا للشافعى (وقضيا) أى المريض والمسافر (ما قدرا) عليه من الايام (بلا
شرط ولاء) أى متابعة وهو الترتيب لان النص لم يشترط ذلك وعند البعض لا بدّ من الترتيب لقوله
عليه السلام من كان عليه قضاء رمضان فليسرده ولا يقطعه قلنا هذا غير ثابت وروى ابن
عمر رضى الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام قال قضاء رمضان ان شاء فرّق وان شاء تابع
رواه الدارقطنى فان قلت قراءة أبىّ فعدة من أيام أخر متتابعة فيجب العمل بها كما فى قراءة
ابن مسعود رضى الله عنه فى كفارة اليمين ثلاثة أيام متتابعات قلت هذه مشهورة وتلك
غير مشهورة فلا يجوز التخصيص بها ولكن المستحب التتابع مسارعة الى اسقاط الواجب
(فان جاء رمضان) آخر ولم يقض رمضان الذى قبله (قدم الاداء) أى رمضان الذى جاء (على
القضاء) أى الرمضان الذى قبله ثم صام القضاء لانه وقته ولا فدية عليه وقال الشافعى عليه فدية
ان أخره بغير عذر (وللحامل) عطف على قوله لمن خاف فى أول الفصل أى وللحامل الفطر أيضا
للحرج كالمسافر (والمرضع) بالجر عطف على الحامل أى وللمرضع الفطر أيضا لما ذكرنا قيل
المراد من المرضع الظئر لوجوب الارضاع عليها بالعقد بخلاف الامّ فان الاب يستأجر غيرها
ويردّه قول القدورى وغيره اذا خافتا على أنفسهما أو ولدهما اذ لا ولد للمستأجرة ولان
الارضاع واجب على الام ديانة خصوصا عند عجز الاب قلت المرضع باطلاقه يتناول الظئر
والام جميعا والظاهر ان مراد الشيخ هذا ليثبت الحكم فيهما جميعا ولهذا أطلق بذكر الولد

ولم يذكر مثل القدوري وغيره (ان خافتا) أي الحامل والمرضع (على الولد) راجع الى المرضع (او النفس) راجع الى الحامل ولا فدية عليهما خلافا للشافعي في المرضع (وللشيخ الفاني) أي الهرم وهو أيضا عطف على ما قبله أي له الفطر أيضا للحرج (وهو) أي الشيخ الفاني (يفدي) لقوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين اي لا يطيقونه وقال مالك لا تجب عليه الفدية وبه قال الشافعي في القديم واختاره الطحاوي لانه عاجز عن الصوم فأشبه المريض اذا مات قبل البرء وأشار بقوله (فقط) الى نفي وجوب الفدية على الحامل والمرضع (وللمتطوع) عطف أيضا على ما قبله أي للمتطوع بالصوم الفطر (بغير عذر في رواية) عن أبي يوسف وذكر الكرخي وأبو بكر انه لا يفطر الا من عذر لما روي انه عليه السلام قال اذا دعي أحدكم الى الطعام فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل أي فليدع قال القرطبي ثبت هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان الفطر جائزا كان الافضل الفطر لاجابة الدعوة التي هي سنة وجه رواية أبي يوسف ما روت عائشة رضي الله عنها قالت دخل النبي صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال هل عندكم شيء فقلنا لا قال اني اذا صائم ثم أتى يوما آخر فقلنا يا رسول الله أهدي لنا حيس فقال أرنيه فلقد أصبحت صائما فأكل رواه مسلم وزاد النسائي ولكن أصوم يوما مكانه وصحح هذه الزيادة أبو محمد عبد الحق ولا خلاف انه يجوز للعذر واختلف في الضيافة فقيل ليست بعذر وقيل عذر قبل الزوال وبعده لا الا من الابوين وكذا اذا حلف عليه بالطلاق يفطر قبله وبعده لا (ويقضي) أي المتطوع اذا أفطر سواء كان بعذر أو غيره وقال الشافعي ليس عليه قضاء لان المتطوع أمير نفسه لنا ما روينا وهو قول أبي بكر وعمر وعلي وابن عباس وغيرهم رضي الله عنهم وحديث الصائم المتطوع أمير نفسه ان شاء أفطر وان شاء صام غير صحيح قاله القرطبي وقال الترمذي في اسناده مقال فان قلت قد روي من صام تطوعا فهو بالخيار ما بينه وبين نصف النهار قلت في طريقه جعفر بن الزبير وهو متروك (ولو بلغ صبي) في بعض نهار رمضان (او اسلم كافر) فيه (امسك) كل منهما بقية (يومه) تشبها للصائمين واختلفوا في هذا الامساك فقيل مستحب وقيل واجب وهو الصحيح وعلى هذا الحائض اذا طهرت والمسافر اذا قدم (ولم يقض) كل منهما (شيأ) لان الصوم غير واجب فيه خلافا لزفر في الكافر وعن أبي يوسف اذا أدركا وقت النية وجب عليهما صوم ذلك اليوم وان لم يصوما قضياه ولو نوى الكافر الذي أسلم تطوعا لا يجزيه لانه ليس من أهله في أول النهار بخلاف الصبي الذي بلغ (ولو نوى المسافر الافطار ثم قدم) من سفره (ونوى الصوم في وقته) وهو قبل أن ينتصف النهار (صح) صومه سواء كان فرضا أو نفلا (ويقضي) الصوم (باغماء) أي بسببه لانه نوع مرض (سوى يوم) يعني لا يقضي يوما (حدث) الاغماء (في ليلته) لوجود الصوم فيه اذ الظاهر انه نوى من الليل حملا لحاله على الصلاح حتى لو كان متهتكا يعتاد الاكل في رمضان أو كان مسافرا قضى كله (و) يقضي أيضا (بجنون غير ممتد) وهو أن يكون غير مستوعب لشهر رمضان فاذا كان ممتدا لا يقضي لانه حرج وقال مالك يقضي في الحالين وقال زفر والشافعي لا يقضي في الحالين والاصل أصولي ثم لا فرق

بين

بين الجنون الاصلي والعارضي وعند محمد انه الحق الاصلي بالصبي واختاره بعض المتأخرين (و) يقضي أيضا (بامساك) في رمضان (بلا نية صوم و) لا نية (فطر) خلافا لزفر بناء على ان أصله أن رمضان يتأدى بدون النية في حق الصحيح المقيم وثمرة الخلاف تظهر في لزوم القضاء ووجوب الكفارة فان لم يأكل لا يلزمه القضاء عنده وان أكل يلزمه الكفارة لانه صائم عنده وعند أبي حنيفة الحكم على عكسه لانه غير صائم وعندهما ان أكل بعد الزوال فكما قال أبو حنيفة وان أكل قبله تجب عليه الكفارة (ولو قدم مسافر) من سفره في بعض النهار (أو طهرت) امرأة (حائض) فيه (أو تسحر) الصائم (و) الحال أنه قد (ظنه) أي الوقت الذي تسحر فيه (ليلا و) الحال أن (الفجر طالع أو أفطر) الصائم (كذلك) أي ظنه غروب الشمس (و) الحال أن (الشمس حية) أي لم تغرب (أمسك) كل من المذكورين بقية (يومه) تشبها (وقضى) كل منهم ذلك اليوم (ولم يكفر) كل منهم كما لا يجب على من أكل ناسيا ثم أكل عمدا لقصور الجناية (كأكل) بالتنوين والكاف في محل النصب على انها صفة لمصدر محذوف أي لم يكفر تكفيرا كأكل صائم حال كونه (عمدا) أي عامدا (بعد أكله) حال كونه (ناسيا) فانه لا تجب عليه الكفارة عند أبي حنيفة لتمكن الشبهة وعندهما عليه الكفارة لوجود الجناية (ونائمة ومجنونة) مجروران عطفا على قوله كأكل أي وكنائمة ومجنونة (وطئتا) فانه لا يجب عليهما الكفارة أيضا ولكن يجب القضاء وعند زفر والشافعي لا قضاء عليهما أيضا كالناسي ولنا وجود ما ينافي الامساك الا أن في الناسي ثبت بالنص فلا يقاس عليه وصورة المجنونة انها نوت الصوم ثم جنت بالنهار وهي صائمة فجامعها انسان قيل هذا تصحيف في الاصل عن مجبورة وهي المكرهة وعن عيسى بن أبان قلت لمحمد رحمه الله أهذه المجنونة قال لا بل المجبورة فقلت ألا تجعلها مجبورة فقال بلى ثم قال كيف وقد سارت بها الركبان

هذا (فصل) في بيان أحكام النذر (من نذر صوم يوم النحر أفطر) لانه معصية (وقضى) يوما مكانه لانه نذر بصوم مشروع بأصله والنهي لا ينافي المشروعية كما تقرر في الاصول وقال زفر والشافعي هذا نذر باطل فلا يلزمه الصوم ولا القضاء لانه نذر بما هو معصية (وان نوى) مع نذره الصوم (يمينا كفر أيضا) كفارة يمين وهذا على ستة أوجه الاول انه لم ينو شيأ والثاني نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا والثالث نوى النذر ولم يخطر بباله اليمين والرابع نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا والخامس نواهما جميعا والسادس نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر ففي الثلاثة الاول يكون نذرا لا يمينا اجماعا حتى لا تلزمه الكفارة وفي الرابع يكون يمينا اجماعا حتى لو لم يصم ذلك اليوم الذي نوى فيه اليمين تلزمه الكفارة وفي الخامس عليه الصوم والكفارة عندهما وعند أبي يوسف عليه القضاء لا غير وبه قالت الثلاثة وفي السادس يكون نذرا ويمينا عندهما وعنده يكون يمينا لا غير (ولو نذر صوم هذه السنة) فهو نذر بأيام جميع السنة وهي اثنا عشر شهرا صام ولكنه (أفطر أياما منهية) لكون الصوم فيها حراما (وهي) أي الايام المنهية (يوما العيد وأيام التشريق) فالجملة خمسة أيام (وقضاها) أي الايام المذكورة لما قلنا قيل هذا محمول على ما اذا نذر قبل عيد الفطر أما اذا قال في شوال لله على صوم هذه السنة لا يلزمه قضاء يوم الفطر وكذا لو قال بعد أيام التشريق لا يلزمه قضاء يومي العيدين وأيام التشريق بل يلزمه

صيام ما بقي من السنة وهذا غير صحيح لان قوله هذه السنة عبارة عن اثني عشر شهرا من وقت النذر الى وقت النذر وهذه المدة لا تخلو عن هذه الايام (ولا قضاء) عليه (ان شرع فيها) أي في الايام الخمسة المنهية أي ان شرع في صومها (ثم أفطر) عند أبي حنيفة ومحمد لان وجوب القضاء مبني على لزوم المضي فيها صيانة عن البطلان وهذا الصوم منهي عنه وقال أبو يوسف عليه القضاء كالو نذر هكذا أثبت الخلاف صاحب المجمع والشارح جعل محمدا مع أبي يوسف

* هذا (باب) في بيان أحكام (الاعتكاف) *

هو من العكف وهو الحبس والاقامة وشرعا هو لبث في مسجد مع الصوم والنية واللغوي موجود فيه مع زيادة واليه أشار الشيخ بقوله (سن لبث في مسجد) جماعة وعن أبي حنيفة لا يجوز الا في مسجد يصلي فيه الخمس وعنه ان الواجب لا يجوز في غير مسجد الجماعة والنفل يجوز وعنه ان كل مسجد به امام ومؤذن معلوم ويصلي فيه الخمس بالجماعة فانه يعتكف فيه وأفضل ما يكون في المسجد الحرام ثم في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم في بيت المقدس ثم في الجامع ثم كل مسجد أهله أكثر قال الشيخ هو سنة وقال القدوري مستحب وقال صاحب الهداية والصحيح انه سنة مؤكدة قلت الصحيح التفصيل فان كان منذورا فواجب وفي العشر الاخير من رمضان سنة وفي غيره من الازمنة مستحب والباء في (بصوم) تتعلق بقوله لبث (ونية) عطف عليه وقال الشافعي الصوم ليس بشرط لما روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس على المعتكف صوم الا أن يجعله على نفسه رواه الدارقطني وقال رفعه أبو بكر محمد بن اسحق السوسي وغيره لا يرفعه ولنا حديث عائشة رضي الله عنها قالت السنة على المعتكف أن لا يعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج الا لما لا بد منه ولا اعتكاف الا بالصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع رواه أبو داود ومثله لا يعرف الا سماعا ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن أبي حنيفة وأقله على هذا يوم وفي ظاهر الرواية عنه وهي قولهما ان الصوم ليس بشرط فيه وليس لاقله تقدير حتى لو دخل المسجد ونوى الاعتكاف الى أن يخرج منه صح واليه أشار الشيخ بقوله (وأقله) أي أقل الاعتكاف حال كونه (نفلا ساعة) وعن أبي يوسف أقله أكثر النهار (والمرأة تعتكف في مسجد بيتها) لانه أصون لها وعند الثلاثة لا يجوز لها ذلك بل تعتكف في أي مسجد كان غير مسجد بيتها (ولا يخرج) المعتكف (منه) أي من المسجد (الا لحاجة شرعية كالجمعة) لما روينا وبه قال أحمد وقال مالك والشافعي الخروج للجمعة مفسد (أو) لحاجة (طبيعية كالبول والغائط) لما روينا ثم فرع على هذا بالفاء بقوله (فان خرج) المعتكف من المسجد (ساعة) زمانية لا رملية (بلا عذر) شرعي كانهدام المسجد وتفرق أهله أو طبيعي (فسد) اعتكافه عند أبي حنيفة لان الخروج ضد اللبث وقالا لا يفسد الا ان خرج أكثر النهار لان في القليل ضرورة (وأكله) أي أكل المعتكف (وشربه ونومه ومبايعته فيه) أي في المسجد حتى لو خرج لاجلها يفسد اعتكافه خلافا للشافعي في خروجه الى بيته للاكل (وكره احضار المبيع) وهو السلعة لانه مستغن عن ذلك وعند مالك وأحمد تكره المبايعة كما اذا كانت للتجارة لقوله عليه السلام اذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك رواه النسائي ونحن قلنا

بموجبه

بوجبه لان المراد مبايعة مالابد منه كالطعام ونحوه وأما اذا أراد التجارة يكره له ذلك على الصحيح (و) كذا يكره (الصمت) الذى يعتقده عبادة لقوله عليه السلام ولا صمات يوم الى الليل رواه أبو داود وأما اذا صمت صونا لنفسه عن الوقوع فى الكلام الحرام فذلك خير محض بل واجب (و) كذا يكره (التكلم فيه) أى فى المسجد (الا بخير) والتكلم بغير خير يكره لغير المعتكف فللمعتكف بالطريق الاولى (وحرم) على المعتكف (الوطء) لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد (ودواعيه) أى ودواعى الوطء وهى اللمس والقبلة كما فى الاحرام والظهار والاستبراء بخلاف الصوم للحرج وعند الشافعى لاتحرم الدواعى فى قول (وبطل) الاعتكاف (بوطئه) سواء كان عامدا أو ناسيا نهارا أو ليلا لانه محظور بالنص كالجماع فى الاحرام بخلاف الصوم اذا كان ناسيا والفرق الحالة المذكرة فى الاعتكاف دون الصوم ولو أنزل بالقبلة أو اللمس فسد وبغير الانزال لا يفسد خلافا للشافعى فى قول (ولزمه) أى المعتكف (الليالى أيضا) يعنى كالايام (بنذر اعتكاف أيام) لان ذكر الايام ذكر الليالى وكذا على العكس لقوله تعالى ثلاث ليال سويا وثلاثة أيام الا رمزا والقصة واحدة وقال الشافعى لاتدخل الليلة الاولى وبه قال مالك وأحمد وأما الليالى المتخللة ففيها ثلاثة أوجه أحدها تدخل والآخر لاتدخل والثالث ان نذر التتابع تدخل والا لا (و) لزمه (ليلتان بنذر) اعتكاف (يومين) اعتبارا للمثنى بالجمع وقال أبو يوسف الليلة الاولى لاتدخل لان الليلة الوسطى بين اليومين دخلت بحكم التبعية ضرورة الاتصال ولا كذلك الليلة الاولى وبه قالت الثلاثة ولما فرغ عن العبادات الغير المركبة أخذ فى بيان العبادة المركبة على التناسب المذكور فى الحديث المشهور فقال

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الحج) *

وهو لغة قصد مطلقا وشرعا قصد الى زيارة البيت على وجه التعظيم وذكر فى بعض النسخ (هو) أى الحج (زيارة مكان مخصوص) وهو البيت شرفه الله تعالى (فى زمان مخصوص) وهو أشهر الحج (بفعل مخصوص) وهو الطواف والسعى والوقوف محرما (فرض) الحج لقوله تعالى ولله على الناس حج البيت (مرة) واحدة فى العمر لحديث الاقرع بن حابس أفى كل عام يارسول الله فقال الحج مرة فمن زاد فهو تطوع رواه أحمد والنسائى بمعناه ولان سببه البيت وهو غير متكرر (على الفور) لاعلى التراخى لقوله عليه السلام من أراد الحج فليتعجل فانه قد يمرض المريض وتضل الراحلة وتعرض الحاجة رواه أحمد وابن ماجه والبيهقى وهذا قول أبى يوسف ومالك وعن محمد انه على التراخى لانه وظيفة العمر وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية فان قلت حج رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سنة عشر وكان فرضه فى سنة ست فهذا يدل على ماذهب اليه محمد قلت الحج وجب بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت وهى نزلت سنة تسع والذى نزل فى سنة ست قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وهو أمر باتمام ماشرع فيه وليس فيه دلالة على الايجاب من غير شروع وأما تأخيره عليه السلام الى السنة العاشرة فيحتمل أن يكون لعذر اما لانها نزلت بعد فوات الوقت أو للخوف من المشركين على أهل المدينة أو على نفسه وأما ما قاله بعضهم انه عليه السلام كان قد علم انه يدرك الحج قبل موته فليس بشئ (بشرط حرية)

فلا يجب على العبد (وبلوغ) فلا يجب على الصبي (وعقل) فلا يجب على المجنون (وصحة) الجوارح فلا يجب على مقعد غني وزمن غني خلافا للشافعي وكذا الاعمى لا يجب عليه عند أبي حنيفة وان وجد زادا وراحلة وقائدا خلافا لهما وكذا مقطوع الرجلين والمفلوج والشيخ الذي لا يثبت على الراحلة بنفسه والمحبوس وثمرة الخلاف في وجوب الاحجاج فعنده لا يجب عليهم الاحجاج وعندهما يجب (وقدرة زاد وراحلة) غير عقبة وهو قدر ما يكترى به شق محمل أو رأس زاملة وقت خروج أهل بلده (فضلت عن مسكنه وعن ما لا بد منه) كالخادم والفرس وأثاث البيت وقماش البدن والسلاح وكتب الفقه ان كان فقيها (و) عن (نفقة ذهابه) الى مكة (وايابه) أي وعن نفقة رجوعه الى أهله (و) فضلت أيضا عن (نفقة عياله) الى حين عوده لان هذه الاشياء مقدمة على حق الله تعالى (وأمن طريق) بالجر أي وبشرط أمن طريق لانه لا يتأتى بدونه وهو شرط الوجوب في رواية أبي شجاع عن أبي حنيفة وكان القاضي أبو خازم يقول هو شرط الاداء وبه قال أحمد وثمرة هذا تظهر في وجوب الايصاء وقال أبو القاسم الصفار لا أشك في سقوط الحج عن النساء ولكن أشك في سقوطه عن الرجال والبادية عندي دار الحرب وقال أبو بكر الاسكاف لا أقول الحج فريضة في زماننا قاله في سنة ست وعشرين وثلثمائة وأفتى أبو بكر الرازي ان الحج سقط عن أهل بغداد وبه قال جماعة من المتأخرين وقال أبو الليث ان كان الغالب في الطريق السلامة يجب وان كان خلاف ذلك لا يجب وعليه الاعتماد قلت فعلى هذا لا يسقط عن أهل مصر والشأم لان الغالب في طريقهما السلامة ولكن الغالب هذا من وجود الترك لانهم يحمون الحجاج من قطاع الطريق حتى ان سنة تقل فيها الترك يكثر فيها الفساد في الطريق فيمكن أن يقال اذا انقطع الترك عن الطريق يسقط الحج وهذا ظاهر لا يخفى (و) بشرط (محرم) غير مجوسي ولا فاسق ولا صبي (او زوج لامرأة في) مسافة (سفر) وهي ثلاثة أيام فصاعدا لقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفرا يكون ثلاثة أيام فصاعدا الا ومعها أبوها أو ابنها أو زوجها أو أخوها أو محرم منها رواه مسلم وأبو داود وهو حجة على الشافعي في تجويزه لها مع النساء الامينات اذا لم تجد زوجا أو محرما فان قلت يرد المهاجرة والمأسورة قلت هما لا ينشآن سفرا وانما مقصودهما النجاة خوفا من تبدل الدين واذا وجدت محرما فليس للزوج منعها عن فرض الحج خلافا للشافعي ونفقة المحرم عليها كذا في شرح القدوري وفي شرح الطحاوي لا يجب عليها ذلك (فلو أحرم صبي او عبد فبلغ) الصبي (أو عتق) العبد (فمضى) كل واحد منهما على احرامه (لم يجز عن فرضه) أي عن فرض الحج لان احرامهما انعقد للنفل فلا يؤدى به الفرض وقال الشافعي اذا مضيا يكون عن الفرض فان قلت الاحرام شرط عندكم فوجب أن يجوز أداء الفرض به كالصبي اذا توضأ ثم بلغ جاز له أن يؤدى به الفرض قلت نعم ولكن له شبه بالركن من حيث اتصال الاداء به فأخذنا بالاحتياط في العبادة ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام أجزأه بخلاف العبد لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية فيمكنه الخروج بالشروع في غيره بخلاف العبد (ومواقيت الاحرام) أي المواقيت التي لا يتجاوزها الانسان الا محرما كذا وكذا وهو جمع ميقات وهو الوقت المضروب للفعل والمراد

به الموضع وهى خمسة الاول (ذوالحليفة) وهى موضع عند قرية بينه وبين المدينة ستة أميال أو سبعة وهو ماء من مياه بنى جشم بينهم وبين خفاجة من بنى عقيل والعوام يقولونه آبار على رضى الله عنه (و) الثانى (ذات عرق) بكسر العين وهو الحد الذى بين نجد وتهامة والعرق فى الاصل الارض التى أحياها قوم بعدان كانت دائرة وقيل هى السبخة التى تنبت الطرفاء وشبهها (و) الثالث (جحفة) بضم الجيم وسكون الحاء المهملة وهو موضع بالقرب من رابغ وهو رسم خال لا يسكن به والعوام يقولون هى الرابغ وليس كذلك بل مثل ماذكرنا (و) الرابع (قرن) المنازل ويقال له قرن الثعالب بينه وبين مكة خمسون ميلا (و) الخامس (يلملم) بفتح الياء آخر الحروف وقيل ألملم بالهمزة موضع الياء وهى على ليلتين من مكة (لاهلها) أى هذه المنازل لاهلها فذو الحليفة لاهل المدينة وذات عرق لاهل العراق وجحفة لاهل الشام ومصر والمغرب وقرن لاهل نجد ويلملم لاهل اليمن (ولمن مر بها) أى بهذه المواضع من غير أهلها لحديث ابن عباس رضى الله عنهما انه عليه السلام وقت لاهل المدينة ذا الحليفة ولاهل الشأم الجحفة ولاهل نجد قرن المنازل ولاهل اليمن يلملم فقال هن لهم ولمن أتى عليهن من غير أهلهن لمن كان يريد الحج والعمرة الحديث رواه البخارى ومسلم وأبوداود وعن عائشة انه عليه السلام وقت لاهل العراق ذات عرق رواه أبوداود والنسائى ثم الآفاقى اذا انتهى الى الميقات على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج أو العمرة أولم يقصد وقال الشافعى لا يجب الا على من اراد الحج أو العمرة لما روى عن جابر انه عليه السلام دخل مكة وعليه عمامة سوداء بغير احرام رواه مسلم والنسائى ولنا ماروى عن ابن عباس انه عليه السلام قال لا يدخل أحد مكة الا باحرام وما رواه كان مختصا بتلك الساعة (وصح تقديمه) أى تقديم الاحرام (عليها) أى على هذه المواقيت لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وفسرت الصحابة رضى الله عنهم ان الاتمام بأن يحرم من دويرة أهله (لا) يصح (عكسه) وهو تأخير الاحرام عن هذه المواقيت على ما يجئ بيانه ان شاء الله تعالى (و) الميقات (لداخلها) أى لداخل المواقيت (الحل) وهو الذى بينه وبين الحرم (و) الميقات (للمكى) أى لساكن مكة (الحرم) وحده من طريق المدينة ثلاثة أميال عند بيوت السقيا ومن اليمن سبعة اميال عند اضاة لبن ومن العراق سبعة أميال على ثنية رحل وهو جبل بالمنقطع ومن الجعرانة سبعة أميال عند منقطع الاعياس ومن الطائف سبعة أميال عند طرف عرفة ومن بطن عرنة أحد عشر ميلا وذكر فى الحاوى حده من طريق المدينة ثلاثة أميال ومن طريق اليمن والعراق وعرفة والطائف وبطن نمرة سبعة ومن طريق الجعرانة تسعة ومن طريق جدة عشرة ومن بطن عرنة أحد عشر ميلا (للحج) أى لاجل الحج يعنى اذا كان يريد الحج (و) والميقات (الحل للعمرة) أى لاجلها يعنى اذ كان يريد العمرة

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الاحرام) وكيفيته *

(واذا أردت) أيها الطالب حجا أو عمرة وانما ذكر هذا الفصل بالخطاب تحريضا على تعلم امور الاحرام واهتماما لشدة الاحتياج الى معرفته (أن تحرم) أى الاحرام لان أن مصدرية (فتوضأ) ان شئت والا فاغتسل (والغسل احب) لما روى زيد بن ثابت رضى الله عنه انه عليه

السلام اغتسل لاحرامه رواه الترمذى وحسنه والمراد بهذا الغسل تحصيل النظافة وازالة الرائحة الكريهة لا الطهارة حتى تؤمر بها الحائض والنفساء (والبس ازارا) الذى يؤتزر به (ورداء) الذى يرتدى به على الكتف حال كونهما (جديدين) لانه أنظف وأبعد من الوسخ (أو غسيلين) ان لم تجد الجديدين والاولى أن يكونا أبيضين (وتطيب) ان وجدت لحديث عائشة رضى الله عنها انها قالت كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم عند احرامه بأطيب ما أجد رواه البخارى ومسلم وكره محمد وزفر بما تبقى عينه بعد الاحرام (وصل ركعتين) بعد اللبس والتطيب وقص الاظفار والشارب وحلق العانة ونتف الابط لانه عليه السلام صلى ركعتين رواه مسلم والبخارى ولا يصليهما فى الوقت المكروه (وقل اللهم انى أريد الحج فيسره لى وتقبله منى) لان أنسا رضى الله عنه روى انه عليه السلام صلى الظهر ثم ركب على راحلته فقال اللهم انى أريد الحج فيسره لى وتقبله منى (ولب) أمر من التلبية أى قل لبيك اللهم الخ (دبر صلاتك) وهى الركعتان المذكورتان حال كونك (تنوى بها) أى بالتلبية وليس باضمار قبل الذكر لان قوله لب يدل على ذلك وانما ينوى بها (الحج) لان النية شرط لجميع العبادات والذكر باللسان ليس بشرط كما فى الصلاة فان جمع بينهما كان احسن (وهى) أى التلبية (لبيك) وهى تثنية لب من لب بالمكان أى أقام وقيل أى لزم والمعنى أنا مقيم على طاعتك لازم لها غير خارج عنها والتثنية لزيادة اظهار الطاعة كانه قال أنا مقيم على طاعتك اقامة بعد اقامة (اللهم) يعنى يا الله فلما حذفت حرف النداء عوضت عنها الميم ولهذا لا يجوز يا اللهم لاجتماع العوض والمعوض عنه (لبيك لاشريك لك) فى ملكك (لبيك ان الحمد) بالفتح والكسر روايتان ومعنى الفتح لان الحمد لك والكسر أصح ليكون ابتداء ذكر لا تعليلا للاول (والنعمة) بكسر النون كل ما يصل الى الخلق من النفع ودفع الضرر (لك والملك) بضم الميم وفسر بأنه سعة المقدور والملك بالكسر حيازة الشئ وتوصيف الله بالاول أبلغ على ما لا يخفى (لاشريك لك) كرر للتأكيد (وزد فيها) أى فى التلبية وقال الشافعى فى رواية الربيع عنه لا يزيد لانه ذكر منظوم فتخل به الزيادة والنقصان كالاذان ولنا ان ابن عمر رضى الله عنهما كان يقول اذا استوت به راحلته زيادة على المروى لبيك لبيك وسعديك والخير بين يديك والرغباء اليك والعمل متفق عليه بخلاف الاذان لانه للاعلام (ولا تنقص) من التلبية لانه هو المنقول عنه عليه السلام (فاذا لبيت) حال كونك (ناويا فقد أحرمت) أى دخلت فى الاحرام وهذا تصريح بأنه يكون شارعا عند وجودهما ولم يبين بأيهما يصير شارعا فقال حسام الدين الشهيد يصير شارعا بالنية ولكن عند التلبية لا بالتلبية وعن أبى يوسف انه يصير شارعا بالنية وحدها وبه قال الشافعى كالصوم ولنا قوله تعالى فمن فرض فيهن الحج قال ابن عباس فرض الحج الاهلال وقال ابن عمر التلبية وقال ابن مسعود الاحرام وقالت عائشة لا احرام الا لمن أهل ولبى بخلاف الصوم لانه ركن واحد (فاتق) أى فاذا أحرمت اتق أى فاجتنب (الرفث) أى الجماع وقيل ذكره بدواعيه عند النساء (والفسوق) أى المعاصى والخروج عن طاعة الله تعالى قبيح وفى حالة الاحرام أقبح (والجدال) أى المجادلة وهى المخاصمة مع الرفقة والمكارية والعكامين والمنازعة معهم والسباب (و) اتق أيضا (قتل الصيد) لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم (و) اتق أيضا (الاشارة اليه) أى الى الصيد وهى تكون فى الحضرة

(والدلالة عليه) أى على الصيد وهى تكون فى الغيبة (و) اتق أيضا (لبس القميص والسراويل والعمامة والقلنسوة والقباء والخفين الا أن لا تجد) أنت (النعلين فاقطعهما) أى الخفين (اسفل من الكعبين) والكعب ههنا هو المفصل الذى فى وسط القدم عند معقد الشراك بكل ذلك ورد الحديث الصحيح (و) اتق أيضا لبس (الثوب المصبوغ بورس) وهو الكركم (او زعفران أو عصفر) وهو زهر القرطم وقال الشافعى وأحمد لا بأس بلبس المعصفر (الا أن يكون) الثوب المصبوغ (لا ينفض) أى لا يفوح وقيل لا يتناثر وهو أقرب لمادة اللفظ (و) اتق أيضا (ستر الرأس والوجه) وقال الشافعى يجوز للرجل تغطية وجهه لقوله عليه السلام احرام الرجل فى رأسه واحرام المرأة فى وجهها ولنا قوله عليه السلام فى المحرم الذى خر من بعيره لا تخمروا وجهه ولا رأسه رواه مسلم وما رواه موقوف على ابن عمر فلا يعارض المرفوع ولئن صح فقوله احرام الرجل فى رأسه ليس فيه نفى وجهه (و) اتق أيضا (غسلهما) أى غسل الرأس والوجه أراد به اللحية لانها فى الوجه (بالخطمى) بكسر الخاء وهو نبت مشهور وانما منع لان له رائحة طيبة عند أبى حنيفة فصار طيبا وعندهما يلين الشعر ويحسنه ويقتل القمل وثمرة الخلاف فى وجوب الدم عنده والصدقة عندهما (و) اتق أيضا (مس الطيب) لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل رواه أبو ذر الهروى وغيره وقال الشافعى يجوز له الخضاب بالحناء لانه ليس بطيب ولنا قوله عليه السلام الحناء طيب رواه النسائى (و) ليتق أيضا (حلق رأسه) فيه التفات من الخطاب الى الغيبة على ما لا يخفى (و) ليتق أيضا (قص) أى قطع (شعره و) قلم (ظفره) لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم والقص فى معنى الحلق فثبت بدلالة النص وكان القياس على ما ذكره أولا أن يقال رأسك وشعرك وظفرك لكنه التفت من الخطاب الى الغيبة كما ذكرناه فلذلك قدرنا الفعل هنا بصيغة الغائب (لا) يتق المحرم (الاغتسال) لانه عليه السلام اغتسل وهو محرم رواه مسلم وكره مالك أن يغيب رأسه فى الماء لتوهم التغطية قلنا هذا ليس بتغطية عادة (و) لا يتق أيضا (دخول الحمام) لانه عليه السلام دخل الحمام فى الجحفة رواه البيهقى وعند مالك ان دخل الحمام وتدلك افتدى (و) لا (الاستظلال بالبيت والمحمل) والفسطاط وقال مالك يكره لانه يشبه تغطية الرأس وبه قال أحمد ولنا حديث أم الحصين قالت حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع فرأيت اسامة وبلالا أحدهما آخذ بخطام ناقة النبى صلى الله عليه وسلم والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة رواه مسلم وأبو داود والنسائى (و) لا (شد الهميان) بكسر الهاء وهو ما يجعل فيه الدراهم ويشد على الحقو وفتح الهاء فيه غلط (فى وسطه) سواء كانت فيه نفقة نفسه أو نفقة غيره وقال مالك يكره أن يكون فيه نفقة غيره وان شد افتدى لعدم الضرورة اليه ولنا ان ابن عباس رضى الله عنهما كان يطلقه من غير قيد (وأكثر التلبية متى صليت) عاد من التفات الغيبة الى الحضور حيث قال وأكثر بالخطاب للمحرم (أو علوت شرفا) أى صعدت موضعا مرتفعا عاليا (أو هبطت) أى نزلت (واديا أو لقيت ركبا) وهو جمع راكب كوفد جمع وافد قال يعقوب هو العشرة فما فوقها من الابل (و) أكثر أيضا (بالاسحار) أى فى وقت الاسحار وفى غير الاسحار أيضا ولكن تخصيص الاسحار لكونها وقت اجابة الدعوة حال كونك (رافعا صوتك بها) أى بالتلبية لما روى انه عليه السلام كان يلبى اذا لقى راكبا أو صعد أكمة أو هبط واديا وفى

أدبار المكتوبة وآخر الليل ذكره في الامام وأما رفع الصوت بها فلما روى انه عليه السلام قال
أتاني جبريل عليه السلام فأمرني أن آمر أصحابي أن يرفعوا أصواتهم بالاهلال والتلبية رواه أبو
داود وغيره (و) اذا دخلت مكة شرفها الله ليلا أو نهارا فادخل من الثنية العليا وهي ثنية كداء
من أعلى مكة على درب المعلى وطريق الابطح ومنى بجنب الحجون وهو مقبرة أهل مكة (ابدأ)
أولا (بالمسجد) أي بالمسجد الحرام من باب بني شيبة والباء في (بدخول مكة) تتعلق بابدأ وهي في
في محل النصب على الحال أي حال دخولك مكة ففاعل المصدر محذوف (وكبر وهلل تلقاء
البيت) أي تجاهه لحديث جابر رضي الله عنه انه عليه السلام كان يكبر ثلاثا ويقول لا اله الا الله
وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير عند ذلك (ثم استقبل الحجر الاسود) حال
كونك (مكبرا مهللا) لما روى انه عليه السلام دخل المسجد فبدأ بالحجر فاستقبله فكبر وهلل
رواه أحمد وحال كونك (مستلما) الحجر لقول ابن عمر رضي الله عنهما رأيت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يستلمه ويقبله رواه البخاري ومسلم وكيفية الاستلام أن يضع يديه على الحجر ويقبله (بلا
ايذاء) لاحد حتى لا يرتكب ترك الواجب لاقامة السنة لقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه
يا عمر انك رجل قوي لا تزاحم على الحجر الاسود فتؤذي الضعيف ان وجدت خلوة فاستلمه والا
فاستقبله وكبر وهلل رواه أحمد فان لم يقدر على الاستلام أمس الحجر شيأ كالعرجون ونحوه وقبله
لقول عامر بن واثلة رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت ويستلم الحجر بمحجن معه
ويقبل المحجن رواه مسلم واذا عجز عن ذلك رفع يديه حذاء منكبيه وجعل باطنهما نحو الحجر مشيرا
بهما اليه كأنه واضع يديه عليه وظاهرهما نحو وجهه (وطف) بالبيت حال كونك (مضطبعا)
وهو أن يلقي طرف ردائه على كتفه الايسر ويخرجه تحت ابطه الايمن ويلقي طرفه الآخر على
كتفه الايسر ويكون كتفه الايمن مكشوفة واليسرى مغطاة بطرفي الازار مأخوذ من الضبع
وهو العضد لانه يبقى مكشوفا لما روى يعلى بن أمية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف
مضطبعا رواه أبو داود ويكون طوافك (وراء الحطيم) لانه من البيت سمي به لانه حطم من
البيت أي كسر ويسمى حجرا أيضا لانه حجر عن البيت أي منع منه وهو محوط ممدود على صورة نصف
دائرة خارج عن جدار البيت من جهة الشأم تحت الميزاب وليس كله من البيت بل مقدار ستة
أذرع منه من البيت لحديث عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام قال ستة أذرع الحجر من
البيت وما زاد ليس من البيت رواه مسلم ولو لم يطف بالحطيم بل دخل الفرجة التي بينه وبين
البيت لا يجزئه ويعيد الطواف كله ولو أعاد الحجر وحده اجزأه ويدخل من الفرجة في الاعادة
ولو لم يدخل بل كما وصل الى الفرجة عاد وراءه من جهة المغرب اجزأه وطف حال كونك (آخذا
عن يمينك مما يلي الباب سبعة أشواط) لما روى عن جابر رضي الله عنه أنه عليه السلام لما قدم
مكة أتى الحجر فاستلمه ثم مشى على يمينه فرمل ثلاثا ومشى أربعا رواه مسلم والنسائي (ترمل) أي
تسرع وفي الديوان الرمل ضرب من العدو وقلت هو عدو وبهز الكتفين (في) الاشواط (الثلاثة
الاول) وقيل لا رمل فيه لانه كان لاظهار الجلد للمشركين وقد زال والصحيح أنه سنة باقية لانه
عليه السلام فعله في حجة الوداع والخلفاء بعده ولا يرمل في البقية بل يمشي على هينته لما روينا
أشار اليه بقوله (فقط) يعني لا يرمل في الاربعة الباقية (واستلم الحجر) الاسود (كلما مررت به

ان استطعت) لما روى انه عليه السلام طاف على بعير كلما أتى على الركن أشار اليه بشئ فى يده وكبر رواه أحمد والبخارى وان لم يستطع استقبل على ما بينا ويستحب أن يستلم الركن اليمانى ولا يقبله وعند محمد هو سنة ويقبله مثل الحجر الاسود لما روى عن ابن عباس أنه عليه السلام كان يقبل الركن اليمانى ويضع يده عليه رواه الدارقطنى (واختم الطواف به) أى بالاستلام (و) اختمه أيضا (بركعتين) تصليهما (فى المقام) أى فى مقام ابراهيم عليه السلام (أو حيث تيسر من المسجد) الحرام ان لم يكن فى المقام وهذه الصلاة واجبة عندنا وقال الشافعى سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا أنه عليه السلام لما انتهى الى مقام ابراهيم عليه السلام قرأ قوله تعالى واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى فصلى ركعتين فقرأ فيهما فاتحة الكتاب وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد ثم عاد الى الركن فاستلمه ثم خرج الى الصفا رواه أحمد ومسلم فنبه عليه السلام ان صلاته كانت امتثالا لامر الله عز وجل والامر للوجوب واللام فى قوله (للقدوم) تتعلق بقوله طف مضطبعا أى طف سبعة أشواط مثل ما ذكرنا لاجل القدوم (وهو) أى طواف القدوم (سنة لغير المكى) لانه على من يقدم والمكى لا يقدم وقال مالك وأحمد هو واجب لقوله عليه السلام من أتى البيت فليحيه بالطواف أمر وهو واجب ولنا أنه عليه السلام سماه تحية بقوله فليحيه فلا يفيد الوجوب لان التحية فى اللغة اسم للاكرام يبدأ به الانسان على سبيل التبرع ولا يلزم وجوب رد السلام بقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها لانه ليس بابتداء احسان وانما هو مجازاة للسلام الاول (ثم) بعد ذلك (اخرج الى الصفا) من باب بنى مخزوم (وقم عليه) أى على الصفا بحيث تشاهد البيت منه حال كونك (مستقبل البيت مكبرا مهللا مصليا على النبى صلى الله عليه وسلم داعيا ربك بحاجتك) وهذه كلها أحوال متداخلة أو مترادفة وكل ذلك فى حديث جابر الذى أخرجه مسلم وغيره (ثم) بعد ذلك (اهبط) أى انزل (نحو المروة) حال كونك (ساعيا بين الميلين الاخضرين) بحذاء دار العباس رضى الله عنه (وافعل عليها) أى على المروة (فعلك) أى كفعلك (على الصفا) من استقبال القبلة والتكبير والتهليل والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم والدعاء بحاجتك (فطف بينهما) أى بين الصفا والمروة (سبعة أشواط تبدأ بالصفا وتختم بالمروة) لانه عليه السلام بدأ بالصفا فرقى عليه رواه مسلم ثم الذهاب الى المروة شوط والعود منها الى الصفا شوط آخر هكذا يفعل سبعة أشواط وقال الطحاوى وبعض الشافعية الذهاب من الصفا الى المروة والرجوع منها الى الصفا شوط قياسا على الطواف بالبيت فانه من الحجر الى الحجر شوط فكذا من الصفا الى المروة شوط ويرد عليهم ما قاله جابر فى حديثه الطويل فلما كان آخر طوافه على المروة الحديث جعل آخر طوافه على المروة ولو كان كما قالوا لكان آخره على الصفا والشوط فى الطواف لا يتم ما لم ينته الى الحجر الاسود وفى السعى يتم بالمروة فيكون ما بعده تكرارا محضا فلا يكون القياس عليه صحيحا ثم السعى بين الصفا والمروة واجب عندنا وقال مالك والشافعى ركن وكان ينبغى أن يقول الشيخ وهو واجب كما قال فى القدوم وهو سنة لانه خلط الواجب بالسنة (ثم) بعد الفراغ من السعى (أقم بمكة) أى فيها حال كونك (حراما) لانك محرم بالحج فلا تتحلل قبل الاتيان بأفعاله (وطف بالبيت كلما بدا) أى ظهر

أراد كلما تيسر (لك) لانه يشبه الصلاة وهو خير موضوع فكذا الطواف وهو أفضل من الصلاة في حق الآفاقي وبالعكس للمكي (ثم اخطب قبل يوم التروية بيوم) وهو اليوم السابع من ذي الحجة ويوم التروية اليوم الثامن منه (وعلم فيها) أي في الخطبة (المناسك) وليس باضمار قبل الذكر لان قوله ثم اخطب يدل عليها أي علم الناس أفعال الحج والخروج الى منى والى عرفات والصلاة والوقوف فيها والافاضة منها وفي الحج ثلاث خطب أولها هذه والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم كلها خطبة واحدة ولا يجلس في وسطها الا خطبة يوم عرفة فانها خطبتان يجلس بينهما وكلها بعد الزوال بعد ما صلى الظهر الا يوم عرفة فانها بعد الزوال قبل أن يصلي الظهر وقال زفر يخطب في ثلاثة أيام متوالية أولها يوم التروية لانها يوم الموسم ولنا أنه عليه السلام خطب في اليوم السابع وكذا أبو بكر رضي الله عنه (ثم) بعد ذلك (رح يوم التروية الى منى) لما روى جابر رضي الله عنه أنه عليه السلام توجه قبل صلاة الظهر يوم التروية الى منى وصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر رواه مسلم ولم يبين الشيخ الوقت الذي يخرج منه الى منى يوم التروية وفي المحيط يستحب أن يتوجه بعد الزوال وهو أحد قولي الشافعي وذكر المرغيناني أنه يخرج الى منى بعد ما طلعت الشمس وهو الصحيح لما روينا (ثم) رح (الى عرفات بعد صلاة الفجر) من (يوم عرفة) لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام غدا من منى حين طلع الفجر في صبح يوم عرفة حتى أتى عرفة الحديث رواه أحمد وأبو داود وهذا بيان الاولوية ولو راح قبل طلوع الفجر جاز (ثم) بعد ذلك (اخطب) خطبتين بعد الزوال و بعد الاذان قبل الصلاة كخطبة الجمعة ولو خطب قبل الزوال جاز وعلم الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة والافاضة منهما ورمي جمرة العقبة يوم النحر والذبح والحلق وطواف الزيارة وقال مالك يخطب بعد الصلاة لانها خطبة وعظ كالعيد ولنا ماروى أنه عليه السلام خطب مثل ما قلنا (ثم) بعد ذلك (صل) بالناس (الظهر والعصر) جميعا (بأذان) واحد (واقامتين) لما روى جابر أنه عليه السلام صلاهما بأذان واقامتين صح ذلك عنه فيكون حجة على مالك في اعتبار الاذانين ولو تطوع بينهما كره له ذلك وأعاد الاذان خلافا لمحمد في رواية والباء في قوله (بشرط الامام و) شرط (الاحرام) تتعلق بمحذوف تقديره انما يجوز الجمع بين الظهر والعصر بشرط الصلاة مع الامام وهو محرم حتى لو صلاهما أو أحدهما منفردا أو غير محرم لا يجوز له الجمع عند أبي حنيفة وعندهما لا يشترط الا الاحرام في حق العصر حتى قالا يجوز للمنفرد أن يجمع بينهما لانه شرع للتفريغ للوقوف والجمع والمنفرد فيه سواء وبه قالت الثلاثة وقال زفر الجماعة شرط في العصر خاصة حتى لو انفرد بالظهر ثم أحرم بالحج جاز له أن يصلي العصر مع الامام في الجمع لان المغير هو العصر فيشترط الاحرام والجمع فيه خاصة دون الظهر وله أنه ثبت بخلاف القياس فيمن كان محرما فيهما بجمع ولم يوجد فان قلت ما المراد من الاحرام قلت احرام الحج ثم قيل لا بد منه قبل الزوال ليجوز الجمع وان أحرم بعده لم يجز ذلك والصحيح انه يكتفي بالتقديم على الصلاتين (ثم) رح (الى الموقف) بكسر القاف وهو موضع الوقوف (وقف بقرب الجبل) يعني جبل الرحمة الذي عند الصخرات السود الكبار وهو الجبل الذي بوسط أرض عرفات يقال له الال على وزن هلال

لانه عليه السلام وقف فى ذلك الموضع (وعرفات كلها موقف) يعنى موضع للوقوف (الا بطن عرنة) لقوله عليه السلام عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر وشعاب مكة كلها منحر رواه البخارى وهو حجة على مالك فى تجويزه الوقوف ببطن عرنة مع الدم وقوله (حامدا) لله تعالى (مكبرا مهللا ملبيا مصليا) على النبى صلى الله عليه وسلم (داعيا) الله تعالى بالحاجة أحوال متداخلة أو مترادفة وذو الحال الضمير فى قوله وقف وبذلك كله وردت الآثار ويلبى ساعة بعد ساعة وعند مالك يقطع التلبية اذا زاغت الشمس من يوم عرفة لان عليا رضى الله عنه قطعها فيه ولنا ما رواه الفضل بن العباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة رواه البخارى ومسلم (ثم) رح (الى مزدلفة بعد الغروب) أى غروب الشمس من يوم عرفة (وانزل بقرب جبل قزح) لانه هو الموقف لما روى أنه عليه السلام لما أصبح وقف على قزح رواه أبو داود وقال الجوهرى قزح اسم جبل بالمزدلفة وقال الزمخشرى المشعر الحرام قزح وهو الجبل الذى يقف عليه الامام وعليه الميقدة وفى المطالع قزح موقف قريش فى الجاهلية اذ كانت لا تقف بعرفة (وصل بالناس العشاءين) المغرب والعشاء (بأذان) واحد (واقامة) واحدة وقال زفر بأذان واقامتين واختاره الطحاوى لحديث جابر أنه عليه السلام صلاهما بأذان واقامتين رواه مسلم وبه قالت الثلاثة وعنهم بأذانين أيضا ولنا حديث ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه السلام أذن للمغرب بجمع فأقام ثم صلى العشاء بالاقامة الاولى قال ابن حزم رواه مسلم ويرجح هذا بأن العشاء فى وقته والقوم حضور فلا يحتاج الى الاعلام بخلاف عرفة فان العصر فيها فى غير وقته فلا بد له من الاعلام بها (ولم يجز) صلاة (المغرب) لو صلاها (فى الطريق) أى فى طريق المزدلفة وكذا لو صلاها فى عرفات وقال أبو يوسف تجوز لانه صلاها فى وقتها وبه قال الشافعى ولهما حديث أسامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال وتوضأ ولم يسبغ الوضوء قلت الصلاة يا رسول الله فقال الصلاة أمامك فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ فاسبغ الوضوء الحديث رواه البخارى ومسلم ومعنى الصلاة أمامك وقتها أمامك اذ نفسها لا توجد قبل ايجادها وعند ايجادها لا تكون أمامه وقيل معناه المصلى أمامك أى مكان الصلاة (ثم) بعد ذلك (صل) صلاة (الفجر بغلس) وأصل الغلس ظلام آخر الليل ولكن المراد منه طلوع الفجر الثانى من غير تأخير قبل أن يزول الظلام وينتشر الضياء (ثم) بعد الصلاة (قف) بالمزدلفة حال كونك (مكبرا مهللا ملبيا مصليا) على النبى صلى الله عليه وسلم (داعيا) الله تعالى بحاجتك (وهى) أى المزدلفة (موقف) أى موضع للوقوف (الا بطن محسر) لما روينا وهو بتشديد السين المهملة وكسرها ولو وقف فيها فى هذا الوقت أو مر بها جاز كما فى عرفة وقبله أو بعده لا يجوز والمبيت بالمزدلفة سنة وقال مالك والشافعى فى قول واجب والوقوف بها واجب وقال مالك سنة وقال الليث بن سعد ركن (ثم) رح (الى منى بعد ما أسفر) الصبح جدا لما مر من حديث جابر رضى الله عنه (فارم جمرة العقبة) وهى التى عند الشجرة من ناحية مكة ويكون الرمى (من بطن الوادى بسبع حصيات كحصى الخذف) بالخاء والذال المعجمتين وهو الرمى برؤس الاصابع يقال الحذف بالعصا والخذف بالحصا الاول بالمهملة والثانى

بالمعجمة وكيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي
أن يكون بينه وبين الرامي خمسة أذرع (وكبر) أي قل الله أكبر (بكل) أي مع كل (حصاة)
ولو سبح أجزأه (واقطع التلبية بأولها) أي مع أول حصاة ترميها لما روينا وقال مالك يقطعها
اذا رجع من عرفات وقد ذكرناه ويجوز الرمي بكل ما كان من جنس الارض كالحجر والمدر
والطين والمغرة والنورة والزرنيخ والملح الجبلي والكحل أو قبضة من تراب والاحجار النفيسة
كالياقوت والزبرجد والزمرد والبلخش والفيروزج والبلور والعقيق بخلاف الخشب والعنبر
واللؤلؤ والذهب والفضة وقال الشافعي لا يجوز الا الرمي بالحجر ووقته من طلوع الفجر الى غروب
الشمس ويكره قبل طلوع الشمس ويستحب بعده الى الزوال ويباح بعد الزوال الى الغروب
وقال الشافعي يجوز الرمي بعد النصف الاخير من الليل ولنا ما رواه ابن عباس عن النبي صلى
الله عليه وسلم أي بني لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس رواه أبو داود وصححه الترمذي ورمى
رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى متفق عليه (ثم) بعد الفراغ من الرمي (اذبح) وهذا
مستحب للمفرد وواجب على القارن والمتمتع (ثم) بعد الذبح (احلق) لما روى أنه عليه السلام
قال للحلاق خذ وأشار الى جانبه الايمن ثم الايسر ثم جعل يعطيه الناس رواه مسلم وأبو داود
وأحمد (أو قصر) وهو أن يأخذ الرجل والمرأة من رؤس الشعر مقدار الانملة (والحلق أحب)
لقوله عليه السلام اللهم اغفر للمحلقين قالوا يا رسول الله والمقصرين قال اللهم اغفر للمحلقين
قالوا يا رسول الله والمقصرين قال والمقصرين متفق عليه ويكتفى بحلق ربع الرأس لان للربع
حكم الكل وحلق الكل أولى اقتداء به عليه السلام ويجب اجراء الموسى على رأس الاقرع
على المختار (وحل لك غير النساء) لما روت عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا رميتم وذبحتم فقد حل لكم كل شئ الا النساء وحل لكم الثياب والطيب رواه
الدارقطني وهو حجة على مالك في قوله لا يحل له الطيب أيضا (ثم) رح (الى مكة يوم النحر أو غدا)
أي غد يوم النحر (أو بعده) أي أو بعد غد النحر وهذه الايام أيام النحر وهي وقت طواف
الزيارة لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح والاكل منه بقوله فكلوا ثم قال وليطوفوا
فكان وقتهما واحدا وأولها أفضلها كما في النحر (وطف) اذا أتيت مكة (للركن) أي لاجله
وهذا هو الطواف المفروض في الحج وهو ركن فيه ويسمى طواف الزيارة وطواف الافاضة
وطواف يوم النحر وطواف الركن (سبعة أشواط بلا رمل) في الطواف (وسعي) بين الصفا
والمروة (ان قدمتهما) أي الرمل والسعي في طواف القدوم (والا) أي وان لم تكن قدمتهما
(فعلا) أي الرمل والسعي وكان ينبغي أن يقول والا افعلهما (و) بعد ذلك (حلت لك النساء)
لاجماع الائمة على ذلك وحل النساء بالحلق السابق لا بالطواف لان المحلل هو الحلق دون
الطواف غير انه أخر عمله الى ما بعد الطواف فاذا حصل عمل الحلق عمله كالطلاق الرجعي أخر
عمله الى انقضاء العدة لحاجته الى الاسترداد فاذا انقضت عمل الطلاق عمله فبانت منه (وكره
تأخيره عن أيام النحر) لانه موقت بها وذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي أن آخره آخر أيام
التشريق وفي الغاية ان آخره عند محمد غير موقت ووقت الحلق هو وقت الطواف (ثم) رح (الى
منى فارم الجمار الثلاث) وهي الجمرة الاولى والوسطى والاخيرة (في ثاني) يوم (النحر بعد

الزوال)

الزوال) أي زوال الشمس حال كونك (بادئا بما) أي بالجمرة التي (تلي المسجد) أي مسجد الخيف (ثم بما) أي بالجمرة التي (تليها) أي تلي الجمرة الاولى وهي الجمرة الوسطى (ثم بجمرة العقبة) كذلك وردت الآثار (وقف عند كل رمي بعده رمي) فتقف بعد الاولى والثانية ولا تقف بعد الثالثة (ثم) ارم (غدا) أي في غد ثاني النحر وهو اليوم الثالث عشر من ذي الحجة (كذلك) أي كما رميت في ثاني النحر (ثم) ارم (بعده) أي بعد غد ثاني النحر وهو اليوم الرابع عشر من ذي الحجة (كذلك) أي كما رميت في اليومين قبله (ان مكثت) في منى وانما علقه به لانه مخير فيه لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى خيره بينهما ونفى الحرج عنهما والافضل أن يمكث ويرمي في اليوم الرابع بعد الزوال (ولو رميت في اليوم الرابع) وهو الثالث من أيام الرمي (قبل الزوال صح) رميك عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وبه قال الشافعي وله أنه لما ظهر التخفيف في هذا اليوم بترك الرمي فلأن يظهر بجميع ساعاته أولى وهو مروي عن ابن عباس أيضا (وكل رمي بعده رمي) كرمي الجمرتين الاولى والوسطى في الايام الثلاث (فارم) حال كونك (ماشيا والا) أي وان لم يكن بعده رمي كجمرة العقبة والجمرة الاخيرة في الايام الثلاث فارم حال كونك (راكبا) يدل عليه ماروى أنه عليه السلام رمى جمرة العقبة راكبا يوم النحر هذا بيان الافضلية وأما الجواز فثابت كيفما كان (وكره أن تقدم ثقلك) بفتح الثاء المثلثة والقاف وهو مامعك من المتاع والحوائج (الى مكة وتقيم بمنى) أي والحال أنك تمكث بمنى لاشتغال القلب بها (ثم رح الى المحصب) وهو الابطح ويسمى الحصباء والبطحاء والخيف وهو ما بين الجبلين جبل عند مقابر مكة وجبل يقابله وليست المقبرة من المحصب والنزول فيه سنة عندنا وقال الشافعي ليس بسنة لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت نزول الابطح ليس بسنة وانما نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه كان أسمح لخروجه الى المدينة وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولنا ما قال ابن عمر رضي الله عنهما النزول به سنة فقيل له ان رجلا يقول انه ليس بسنة فقال كذب أناخ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم رواه البخاري ومسلم فأي سنة أقوى من هذا فان فعله عليه السلام قصدا وفعل الخلفاء من بعده قد ثبت فيه وقول عائشة وابن عباس ظن منهم فلا يعارض المرفوع والمثبت مقدم على النافي فاذا نزلت في المحصب وقضيت اربك (فطف للصدر) أي لاجله وهو الرجوع لغة فلذلك سمي طواف الصدر ويسمى أيضا طواف الوداع وطواف آخر العهد بالبيت (سبعة أشواط) لانه عليه السلام صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمحصب ثم رقد رقدة ثم ركب الى البيت فطاف به رواه البخاري ولا يرمل فيه لما بينا (وهو) أي طواف الصدر (واجب) وقال مالك والشافعي في قول هو سنة ولو كان واجبا لما سقط عن المكي والحائض ولنا ماروى عن ابن عباس أنه قال كان الناس ينصرفون في كل وجه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينفر أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت رواه مسلم وأحمد وفي رواية الا أنه خفف عن المرأة الحائض متفق عليه وأهل مكة لا يصدرون فلا يجب عليهم (الا على أهل مكة) فانه غير واجب عليهم لما ذكرنا (ثم) اذا فرغت من الطواف (اشرب من زمزم) مستقبلا القبلة متضلعا منه متنفسا فيه مرات رافعا بصرك

الى البيت فى كل مرة ماء صابه وجهك ورأسك وجسدك وصب عليك ان تيسر وقال عليه السلام انها مباركة انها طعام طعم وشفاء سقم رواه مسلم (و) بعده (التزم الملتزم) وهو ما بين الباب والحجر الاسود قيل يبدأ أولا به ثم يشرب من زمزم والاصح ماذكره والالتزام أن يلزق وجهه وصدره به (وتشبث) أى تعلق (بالاستار) أى أستار الكعبة كالمتعلق بطرف ثوب مولاه يستغيثه فى خطب جسيم (والتصق بالجدار) أى بجدار البيت شرفه الله تعالى

* هذا (فصل) فى بيان مسائل تتعلق بالوقوف واحوال النساء وأحوال البدن وتقليدها (من لم يدخل مكة) بعد احرامه من الميقات (ووقف بعرفة) مع الحج (سقط عنه طواف القدوم) لان طواف الزيارة يغنى عنه كالفرض يغنى عن تحية المسجد ولا شئ عليه لانه سنة (ومن وقف بعرفة ساعة من الزوال) أى من زوال شمس يوم عرفة (الى فجر) يوم (النحر فقد تم حجه) لقوله عليه السلام الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه رواه بمعناه أبو داود وغيره وصححه الترمذى وقال مالك لا يجوز الاكتفاء بوقوف النهار ولا بد من الوقوف فى جزء من الليل (ولو) وقف حال كونه (جاهلا) بأنه عرفة (أو) حال كونه (نائما أو) حال كونه (مغمى عليه) لانه عليه السلام وقف بعد الزوال وهذا بيان أول الوقت وقال من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر الوقت ولم يفصل بين أن يكون عالما بعرفة أو لم يكن فيشترط فيه الحصول فقط فان قلت هذا مشكل بالطواف فانه لو طاف هاربا من عدو أو سبع أو طالبا غريما له لم يجزه عن الطواف لعدم النية فكيف أجزتم مع الجهل بكونه عرفة وكلاهما فرض قلت الوقوف ليس بعبادة مستقلة بنفسه ولهذا لا يتنفل به فوجود النية فى أصل تلك العبادة يغنى عن اشتراطها فى ركنه كما فى أركان الصلاة والطواف عبادة مقصودة ولهذا يتنفل به فاشترط فيه أصل النية ولا يشترط فيه تعيين الجهة كما فى صوم رمضان (ولو أهل عنه) أى عن شخص (رفيقه باغمائه) أى بسبب اغمائه (صح) اهلاله عنه عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز ولو أمره بأن يحرم عنه عند عجزه فأحرم عنه عند اغمائه جاز اجماعا لهما ان الاحرام شرط فلا يسقط الا بفعله أو فعل نائبه ولم يوجد وله ان الاستنابة ثابتة دلالة فصار كالثابت نصا كشرب ماء السقاية (والمرأة) والخنثى المشكل فى جميع أفعال الحج (كالرجل) لعموم الاوامر ما لم يقم دليل الخصوص (غير أنها تكشف وجهها) لان احرامها فيه (لا) تكشف (رأسها) لانه عورة وعبارة صاحب المجمع أحسن منه حيث قال وتوافق المرأة الا أنها لا تكشف رأسها الى آخره وكان ينبغى أن يقول والمرأة كالرجل غير أنها لا تكشف رأسها لان المخالفة فيه ولا يحتاج الى ذكر الوجه لانها لا تخالفه فيه ولو قيل انما ذكره ليعلم أنها كالرجل فيه ولو سكت لما علم قلنا الاستثناء ينبئ عنه على ما لا يخفى (ولا تلبى جهرا) لان صوتها عورة (ولا ترمل) فى الاطوفة (ولا تسعى) أى لا تهرول (بين الميلين) لانه مخل بستر العورة (ولا تحلق) لانه مثلة فى حقها (وتقصر) لقوله عليه السلام انما على النساء التقصير رواه أبو داود (وتلبس المخيط) لان فى لبس غيره كشف عورتها (ومن قلد بدنة تطوع) بأن يعلق على عنقها قطعة نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجر ونحو ذلك مما يكون علامة على أنه هدى (أو) قلد بدنة (نذر أو) قلد (جزاء صيد أو نحوه) كبدن المتعة وبدن القران (وتوجه معها) أى

مع

مع البدنة والحايل أنه (يريد الحج فقد أحرم) أى صار محرما لقول ابن عمر رضى الله عنهما اذا قلد الرجل هديه فقد أحرم وهو محمول على ما اذا ساقه لان سوقه بعد التقليد فى معنى التلبية فبمجرد التقليد لا يصير محرما وقال الشافعى لا يصير محرما الا بالاحرام ولو اشترك جماعة فى بدنة فقلدها أحدهم صاروا محرمين ان كان ذلك بأمر البقية وساروا معها (فان بعث بها) أى بالبدنة التى قلدها (ثم توجه) هو (لا) يصير محرما (حتى يلحقها) لانه اذا أدركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الحج فيصير محرما كما لو ساقها من الابتداء (الا فى بدنة المتعة) فانه يصير محرما بمجرد توجهه لكن اذا نوى الاحرام لان لهذه البدنة نوع اختصاص بقاء الاحرام بسببه فان المتمتع اذا ساق ليس له التحلل فكذا فى ابتداء الشروع يختص بأن يصير محرما بنفس التوجه وقال أبو اليسر ينبغى أن يكون هدى القران كذلك (فان جللها) أى فان جال البدنة بأن وضع عليها جلا (أو أشعرها) من الاشعار وهو الطعن فى سنام الهدى من جانبها الايمن وهو مكروه عند أبى حنيفة خلافا لهما (أو قلد شاة لم يكن محرما) وان ساقها الان ذلك ليس من خصائص الحج اما عندهما وان كان الاشعار حسنا ولكنه قد يفعل للمعالجة (والبدن) بضم الباء جمع بدنة يكون عندنا (من الابل والبقر) لانهما من البدانة وهى الضخامة وهى موجودة فيهما وقال الخليل ان البدنة ناقة أو بقرة تهدى الى مكة قال النووى وهو قول أكثر أهل اللغة وقال الشافعى البدن من الابل خاصة وقال مالك ان عجز عن الابل يكون من البقر

هذا (باب) فى بيان أحكام (القران)

وهو مصدر من قرنت بين شيئين اذا جمعت بينهما والقارن الجامع بين الحج والعمرة (هو) أى القران (أفضل) من التمتع والافراد (ثم التمتع) أفضل من الافراد (ثم الافراد) وقال الشافعى الافراد أفضل ثم التمتع ثم القران وهو قول مالك وأحمد وعن أحمد التمتع أفضل ثم الافراد ثم القران وعن أبى حنيفة أن الافراد أفضل من التمتع كمذهب الشافعى لهم قوله عليه السلام القران رخصة فالعزيمة أولى ولنا قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله واتمامهما أن يحرم بهما من دويرة أهله كذا فسرته الصحابة وهو القران وحديث أنس رضى الله عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لبيك عمرة وحجا لبيك عمرة وحجا رواه البخارى ومسلم وعن على رضى الله عنه قال أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال كيف أهللت قلت أهللت باهلالك فقال انى سقت الهدى وقرنت رواه أبو داود والنسائى وقوله القران رخصة نفى قول أهل الجاهلية ان العمرة فى أشهر الحج من أفجر الفجور أو سقوط سفر العمرة صار رخصة (وهو) أى القران أى صفته (أن يهل) أى يحرم (بالعمرة والحج) معا (من الميقات) لانه جمع بين شيئين كما ذكرنا (ويقول اللهم انى أريد العمرة والحج فيسرهما لى وتقبلهما منى) وذكر الميقات وقع اتفاقا أو على الغالب لانه لو أحرم بهما من دويرة أهله أو بعدما خرج من بلده قبل أن يصل الى الميقات جاز وصار قارنا بل هو أفضل وكذا لو أحرم بهما داخل الميقات أو أحرم بعمرة ثم بحجة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط (ويطوف ويسعى لها) أى للعمرة أولا (ثم) يطوف ويسعى (للحج كما مر) فى باب المفرد وفى بعض النسخ وهو الاصح ثم يحج كما مر (فان طاف لهما) أى للعمرة والحج (طوافين) متواليين من غير أن يسعى بينهما (وسعى سعيين جاز) لانه أتى

بما هو المستحق عليه (وأساء) بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه بذلك شئ (واذا رمى) جمرة العقبة (يوم النحر ذبح شاة أو بدنة أو سبعها) أي أو سبع البدنة بأن يشترك مع ستة لانه عليه السلام كان قارنا وذبح الهدايا وقال جابر حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنحرنا البعير عن سبعة والبقرة عن سبعة رواه البخاري ومسلم فيكون حجة على مالك في قوله لا تجزئ البدنة الا عن واحد (وصام العاجز عنه) أي عن الهدي (ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة) فيصوم اليوم السابع من ذي الحجة والثامن والتاسع (و) صام أيضا (سبعة) أيام (اذا فرغ) من أفعال الحج (ولو) صام هذه السبعة (بمكة) فانه يجوز وقال الشافعي لا يجوز الا أن ينوي الاقامة فيها هو يقول ان المراد بقوله تعالى وسبعة اذا رجعتم حقيقة الرجوع ونحن نقول رجعتم بمعنى فرغتم عن أفعال الحج والفراغ سبب الرجوع فاطلق المسبب على السبب (فان لم يصم) الثلاثة في الحج (الى يوم النحر تعين الدم) فلا يجوز أن يصوم الثلاثة ولا السبعة بعدها وقال الشافعي يصوم الثلاثة بعد هذه الايام وقال مالك يصومها في هذه الايام ولنا النهي المعروف عن صوم هذه الايام ولا يؤدى بعدها أيضا لان الهدي أصل وقد نقل حكمه الى بدل موصوف بصفة وقد فاتت فعاد الحكم الى الاصل وهو الهدي (وان لم يدخل القارن (مكة) بل توجه (ووقف بعرفة فعليه دم لرفض العمرة) وعن أبي حنيفة أنه يصير رافضا لعمرته بمجرد التوجه وقال الشافعي لا يصير رافضا بناء على أصله أنه لا يرى الاتيان بأفعال العمرة ولنا أن عائشة رضي الله عنها كانت معتمرة أو قارنة وهو الصحيح فلما حاضت بسرف وقدمت لم تطف لعمرتها حتى مضت الى عرفات فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ترفض عمرتها وتصنع ما يصنع الحاج (و) عليه (قضاؤها) أي قضاء العمرة لتحقق الشروع فيها ويسقط عنه دم القران لانه لم يوفق لاداء النسكين

* هذا (باب) في بيان أحكام (التمتع) *

من المتاع أو المتعة وهو الانتفاع أو النفع وشرعا (هو) أي التمتع (أن يحرم بعمرة من الميقات فيطوف لها) أي للعمرة سبعة أشواط (ويسعى) بين الصفا والمروة سبع مرات (ويحلق) بعد ذلك (أو يقصر) وقد حل منها وقال مالك يتحلل عند فراغه من أفعال العمرة ساق الهدي أو لم يسق من غير حلق ولا تقصير ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال تمتع الناس بالعمرة الى الحج فلما قدم النبي صلى الله عليه وسلم مكة قال للناس من كان معه هدي فانه لا يحل من شئ حرم منه حتى يقضي حجه ومن لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل متفق عليه (ويقطع التلبية بأول الطواف) وقال مالك اذا رأى بيوت مكة وفي رواية عنه اذا وقع بصره على البيت ولنا ما رواه أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه السلام كان يمسك عن التلبية في العمرة اذا استلم الحجر وقال حديث صحيح (ثم يحرم بالحج يوم التروية من الحرم) لانه في معنى المكي وان أحرم قبله جاز وهو أفضل لان فيه مسابقة الى الخير وزيادة في المشقة (ويحج) يعني في تلك السنة لانه لا يكون متمتعا الا به في هذه السنة ويفعل جميع ما يفعله الحاج لانه مفرد بالحج الا أنه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا أول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه سعى مرة عقيب طواف القدوم (ويذبح) لانه متمتع (فان عجز)

عن الذبح (فقد مر) حكمه فى فصل القران وهو أن يصوم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجع الى أهله (فان صام ثلاثة) أيام (من شوال) قبل أن يحرم بالعمرة ثم أحرم (فاعتمر لم يجز) هذا الصوم (عن الثلاثة) التى ذكرت فى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج لانه أداء قبل وجود السبب فلا يجوز (وصح) أى صوم هذه الثلاثة فى شوال (لو) صامها (بعد ما أحرم بها) أى بالعمرة (قبل أن يطوف) لها لتحقق السبب وقال الشافعى لا يجوز قبل الاحرام بالحج (فان أراد) الرجل الذى يتمتع (سوق الهدى) معه أحرم وساق الهدى بعده لانه عليه الصلاة والسلام (أحرم) بذى الحليفة (وساق) الهدى بعده (وقلد بدنته بمزادة أو نعل) لانه عليه الصلاة والسلام قلد البدنة وهو أفضل من التجليل وقال الشافعى يقلد أولا ثم يحرم (ولا يشعر) البدنة عند أبى حنيفة وقالا يشعر وهو أن يشق أحد جانبى سنامها حتى يخرج منه الدم ثم يلطخ به سنامها والاحسن أن يشق فى الجانب الايسر عند أبى يوسف وعند الشافعى من الجانب الايمن كل ذلك مروى عنه عليه الصلاة والسلام وهو مكروه عند أبى حنيفة لانه مثلة وتعذيب حيوان وعندهما حسن وعند الشافعى سنة لانه عليه الصلاة والسلام فعله وفعله أصحابه وقال الطحاوى ما كره أبو حنيفة أصل الاشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الاخبار وانما كره اشعار أهل زمنه لانه رآهم يبالغون فيه على وجه يخاف منه الهلاك فرأى سد هذا الباب وأما اذا وقف على قطع الجلد دون اللحم فلا بأس به وقيل انما كره ايثاره على التقليد كما كره ايثار نكاح الكتابية على نكاح المسلمة (ولا يتحلل) أى هذا المتمتع الذى ساق الهدى (بعد) فراغه من (عمرته) لان سوق الهدى يمنعه من التحلل بخلاف ما اذا لم يسق لانه لا مانع له من التحلل (ويحرم) أى المتمتع السائق الهدى (بالحج يوم التروية) كما ذكرنا فى الذى لا يسوق الهدى (و) احرام المتمتع بالحج (قبله) أى قبل يوم التروية (أحب) سواء كان سائق الهدى أو لا لما ذكرنا وقال الشافعى فى غير واجد الهدى المستحب أن يحرم بالحج قبل السادس (فاذا حلق) المتمتع رأسه (يوم النحر فقد حل من احراميه) احرام العمرة واحرام الحج لان الحلق فى الحج كالسلام فى الصلاة فيتحلل به عنهما (ولا تمتع ولا قران لمكى ومن يليها) أى ولا لمن يلى مكة وهم أهل ما دون المواقيت الى الحرم ولا يقال انه اضمار قبل الذكر لان المكى دل عليه وليس لهؤلاء الا الافراد عندنا وقال الشافعى لهم التمتع والقران وقال مالك من كان داخل الميقات الى الحرم لهم التمتع والقران وبه قال أحمد لانهم ليسوا من حاضرى المسجد الحرام ولنا أنهم تبع لهم حيث كانت مواطنهم داخل الميقات كاهل مكة فكانوا بمنزلتهم وعن ابن عمر رضى الله عنهما ليس لاهل مكة متعة ومثله عن ابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهم (فان عاد المتمتع الى بلده بعد) فراغه من (العمرة و) الحال أنه (لم يسق الهدى بطل تمتعه) لانه ألم بأهله الماما صحيحا فيما بين النسكين وبه يبطل التمتع كذا روى عن ابن عمر وسعيد بن جبير وعطاء وابراهيم وغيرهم من جمهور التابعين رضى الله عنهم ويتأتى فيه خلاف الشافعى لان الالمام عنده لا يمنع التمتع حتى أجازه لاهل مكة (وان ساق) الهدى (لا) يبطل تمتعه بالمامه بأهله لانه محرم على حاله ما لم ينحر عنه الهدى وقال محمد يبطل تمتعه لانه ألم بأهله بين النسكين وبه قال مالك وأحمد (ومن طاف أقل أشواط العمرة) بأن طاف ثلاثة أشواط (قبل أشهر الحج وأتمها) أى العمرة بأن طاف أربعة أشواط البقية (فيها) أى فى أشهر الحج (و) بعد

فراغه منها (حج كان متمتعا) لان للاكثر حكم الكل (وبعكسه) أى وبعكس الحكم المذكور وهو ما اذا طاف أكثر العمرة قبل أشهر الحج ثم أتمها فيها (لا) يكون متمتعا لما ذكرنا ومالك يعتبر الختم فى أشهر الحج والشافعى يعتبر الاحرام فيها بناء على أصله لان الاحرام من الاركان (وهى) أى أشهر الحج (شوال وذو القعدة وعشر ذى الحجة) كذا روى عن العبادلة الثلاثة وعبد الله ابن الزبير رضى الله عنهم وعن أبى يوسف انها عشر ليال وتسعة أيام من ذى الحجة وقال مالك ذوالحجة كلها من أشهر الحج وفائدة التوقيت بهذه الاشهر أن شيأ من أفعال الحج لا يجوز الا فيها حتى اذا صام المتمتع أو القارن ثلاثة أيام قبل أشهر الحج لا يجوز وكذا السعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لا يجوز الا فيها (وصح الاحرام به) أى بالحج (قبلها) أى قبل أشهر الحج (وكره) وقال الشافعى فى الجديد لا يجوز وينعقد عمرة لان الاحرام ركن عنده فلا يجوز قبل الوقت وعندنا هو شرط فيجوز ولكنه يكره كيلا يقع فى المحظورات بطول الزمان وقوله ينعقد عمرة مشكل على قوله لانها فرض عنده كالحج فكيف ينعقد بتحريمة الفرض فرضا آخر هذا خلف (ولو اعتمر كوفى) أى شخص من الكوفة (فيها) أى فى أشهر الحج (وأقام بمكة أو) مدينة (بصرة وحج) من عامه ذلك (صح تمتعه) أما اذا أقام بمكة فلانه أدى نسكين وترفق باسقاط أحد السفرين وهو حقيقة المتعة وأما اذا أقام بيصرة فذكر الطحاوى أن هذا قول أبى حنيفة لان سفره قائم ما لم يعد الى وطنه وعلى قولهما لا يكون متمتعا كما اذا رجع الى أهله وثمرة الخلاف فى وجوب الدم فعنده يجب لانه متمتع وعندهما لا يجب (ولو أفسدها) أى لو أفسد هذا الكوفى العمرة (فأقام بمكة أو بصرة وقضى) عمرته (وحج) من عامه ذلك (لا) يصح تمتعه لان سفره انتهى بالفاسد وصارت عمرته الصحيحة مكية ولا تمتع لاهل مكة (الا أن يعود الى أهله) بعد ما مضى فى الفاسد وبعد ما حل منه ثم قضاها وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا لان عمرته ميقاتية وحجته مكية وهو من أهل الآفاق فيكون متمتعا ضرورة ولو رجع الى البصرة ولم يرجع الى أهله فقضاها لم يكن متمتعا عند أبى حنيفة خلافا لهما (وأيهما) أى أى النسكين وهما العمرة والحج (أفسد) الكوفى الذى يريد التمتع (مضى فيه) أى فى ذلك الذى أفسده لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال (ولا دم) عليه يعنى دم التمتع لانه لم يترفق بأداء النسكين الصحيحين فى سفرة واحدة (ولو تمتع) رجل (وضحى) يعنى ذبح أضحيته يوم النحر (لم تجز) تلك الاضحية (عن) دم (المتعة) لانه أتى بغير ما عليه لان دم التمتع غير الاضحية فلا ينوب أحدهما عن الآخر ولو تحلل يجب عليه دمان دم المتعة ودم التحلل قبل الذبح وذكر محمد هذه المسئلة فى الجامع الصغير فى المرأة لان الجهل عليهن أغلب أو كانت واقعة امرأة نقلها أبو يوسف عن أبى حنيفة لمحمد كما سمعها منه ووضعها محمد كما سمعها من أبى يوسف (ولو حاضت) المرأة (عند الاحرام أتت) يعنى فعلت (بغير الطواف) بالبيت وهو الوقوفان ورمى الجمار ونحوهما لقوله عليه الصلاة والسلام لعائشة حين حاضت بسرف افعلى ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت متفق عليه (ولو) حاضت (عند) طواف (الصدر تركته) أى طواف الصدر لقول ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت الا أنه خفف عن المرأة الحائض متفق عليه ولو طهرت قبل أن تخرج منها يلزمها الاهلية حينئذ وان جاوزت بيوت مكة ثم طهرت لا تعود

قوله أن يكون آخر عهدهم بالبيت هكذا فى النسخ والذى فى الزيلعى آخر عهدهم بالبيت الطواف اه

وكذا لو انقطع دمها فلم تغتسل ولم يذهب وقت صلاة حتى خرجت منها والنفساء كالحائض والكاف فى قوله (كمن أقام بمكة) فى محل النصب على أنه صفة لمصدر محذوف أى تركته تركا كترك من يقيم بمكة طواف الصدر لانه صار من أهلها هذا اذا كانت نيته الاقامة قبل أن يحل النفر الاول وان كانت بعده لا يسقط عند أبى حنيفة ومحمد لانه وجب عليه بدخول وقته وقال أبو يوسف سقط عنه ولا يلزمه الا اذا شرع فيه ثم نوى الاقامة

هذا (باب) فى بيان أحكام (الجنايات)

وهو جمع جناية وهو اسم لفعل محرم شرعا وفى اصطلاح الفقهاء يطلق على ما يكون فى النفوس والاطراف وأصله من جنى الثمر اذا أخذه من الشجر ثم استعمل فى الشر فبقى كذلك (تجب شاة ان طيب محرم عضوا) كاملا مثل الرأس والفخذ والساق وان أكل طيبا كثيرا يجب الدم عند أبى حنيفة وقالا يجب صدقة (والا) أى وان لم يطيب عضوا كاملا بل طيب أقل منه (تصدق) لقصور الجناية وقال محمد يجب بقدره من الدم وفى المنتقى اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق وذكر الفقيه أبو جعفر أن الكثرة تعتبر فى نفس الطيب لا فى العضو فان كان كثيرا مثل كفين من ماء الورد وكف من الغالية وبقدر ما يستكثره الناس من المسك يكون كثيرا وان كان قليلا لا فى نفسه والقليل ما يستقله الناس وان كان فى نفسه كثيرا وكف من ماء الورد يكون قليلا وقيل بالتوفيق بينهما هو الصحيح فيقال ان كان الطيب قليلا فالعبرة للعضو وان كان كثيرا فللطيب ثم اعلم أن فى كل موضع وجب فيه الدم تجزئه الشاة الا من جامع بعد الوقوف بعرفة أو طاف للزيارة جنبا أو حائضا أو نفساء وكل موضع وجب فيه صدقة فهى نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو صاع من شعير الا ما يجب بقتل جرادة أو قمل أو بازالة شعرات قليلة من رأسه أو عضو آخر من أعضائه فان فيه تصدق بما شاء (أو خضب) عطف على قوله ان طيب أى تجب شاة أيضا ان خضب (رأسه بحناء) لانه طيب على ما رواه النسائى والبيهقى وهو حجة على الشافعى فى قوله لا يجب عليه شىء هذا اذا كان مائعا وان كان متلبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم لتغطية الرأس وان خضب رأسه بالوسمة فلا شىء عليه لانها ليست بطيب وانما تغير لون الشعر وفيها زينة وعن أبى حنيفة أن عليه صدقة وعن أبى يوسف ان كان للصداع فعليه دم باعتبار أنه يغلف رأسه (أو ادهن) عطف على ما قبله أى يجب أيضا دم ان ادهن (بزيت) عند أبى حنيفة وقالا صدقة لانه من الاطعمة وقال الشافعى ان استعمله فى الشعر فدم لانه يزيل الشعث وان كان فى غيره فلا شىء عليه وله أنه أصل الطيب فان الروائح تلقى فيه وكونه مأكولا لا ينافى وجوب الدم كالزعفران وهذا الخلاف فى الزيت البحت أى الخالص الذى لا يخالطه طيب اما المطيب بالبنفسج والزنبق والبان ونحوها يجب فيه بالاجماع وهذا اذا استعمله على وجه التطيب أما لو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا شىء عليه بالاجماع وفى التجريد ولو ادهن بالشحم أو بالسمن فلا شىء عليه ولو غسل رأسه بخطمى وجب عليه الدم عند أبى حنيفة خلافا لهما قيل جوابه فى خطمى العراق وجوابهما فى خطمى الشام (أو لبس) ثوبا (مخيطا أو غطى رأسه يوما) كاملا وقال الشافعى يجب الدم بنفس اللبس لانه محظور احرامه قلنا الارتفاق الكامل لا يحصل الا بالدوام لان المقصود منه دفع الحر والبرد واليوم يشملهما فقدر به وعن أبى يوسف اذا لبس

أكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول أبي حنيفة أولا وعن محمد ان لبسه في بعض اليوم يجب عليه من الدم بحسابه ولو كان اللباس كلها من قميص وقباء وسراويل وخفين يوما كاملا لزمه دم واحد لانها من جنس واحد وكذا لو دام أياما وكذا لو نزعه بالليل ولبسه بالنهار الا اذا نزعه على عزم الترك ثم لبسه فانه يجب عليه دم آخر (والا) أي وان لم يلبس ولم يغط يوما كاملا (تصدق) لقصور الجناية (أو حلق) عطف على ماقبله من الذي فيه الدم أي يجب دم ان حلق (ربع رأسه او) ربع (لحيته) أو ربع محجمه لان الربع يحكي الكل وعند مالك لا يجب الا بحلق الكل (والا) أي وان لم يكن قدر ربع (تصدق) لقصور الجناية وعند الشافعي يجب دم ان كان ثلاث شعرات وبه قال احمد والكاف في قوله (كالحالق) في محل النصب على أنه صفة لمصدر محذوف أي تصدق تصدقا كتصدق الحالق شعر رأس غيره يعني اذا حلق رأس غيره يجب عليه صدقة لانه مرتفق بازالة شعث غيره الا أنه دون ارتفاقه لنفسه فيجب التصدق ويجب الدم على المحلوق وقال الشافعي لا شئ على الحالق لانه ارفاق وليس بارتفاق ولكن يأثم فان كان باذنه يجب الفدية على المحلوق وان كان سكت ولم يمنعه فوجهان وبه قال مالك واحمد (اورقبته) بالنصب عطف على قوله ربع رأسه أي أو حلق رقبته (أو) حلق (ابطيه أو) حلق (أحدهما أو) حلق (محجمه) وهو موضع الحجامة فانه يجب دم في حلق أحد هذه الاشياء وان حلق بعض واحد يجب صدقة وقال أبو يوسف ومحمد في حلق المحجم صدقة لانه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو محرم متفق عليه ولو كان يوجب الدم لما باشره ولانه قليل فيجب صدقة وله ان حلقه لمن يحتجم مقصود وهو المعتبر بخلاف الحلق لغيرها ولا حجة لهما في الحديث لانه يحتمل أنه لعذر ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام لا يباشر ما يوجب الصدقة علينا ويحتمل أنه لم يحلق بل احتجم في موضع لا شعر عليه وهو الظاهر ولم يعتبر الربع في هذه الاعضاء لعدم جريان العادة فيها بالاقتصار على البعض فلا يكون حلق البعض ارتفاقا كاملا حتى لو حلق أكثر أحد ابطيه لا يجب الا الصدقة بخلاف الرأس واللحية فان قلت السنة نتف الابط فكيف ذكر الحلق قلت كذا ذكر في الجامع الصغير أيضا تنبيها على الجواز وان كانت السنة هي النتف (وفي أخذ شاربه حكومة عدل) بأن ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه بحسابه من الطعام حتى اذا أخذ منه نصف ثمن اللحية يجب عليه ربع الدم وانما ذكر الاخذ في الشارب وهو القص لانه هو السنة وهو أن يقص منه حتى يوازي الاطار وهو الحرف الاعلى من الشفة العليا وذكر الطحاوي أن حلق الشارب هو السنة عند أبي حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام أحفوا الشارب وأعفوا اللحى رواه مسلم والاحفاء الاستيصال والاعفاء تركها حتى تكث وتكثر والسنة قدر القبضة فما زاد يقطع (وفي) أخذ محرم (شارب حلال أو قلم أظفاره) أي أي أظفار الحلال يجب (طعام) أي صدقة بطعام كالفطرة وكذا بحلق رأسه وكذا اذا فعل بمحرم آخر وعند الشافعي لا يجب شئ على المحرم الحالق لما مر (أو قص) عطف على ما تجب فيه الشاة أي أو تجب شاة ان قص محرم (أظفار يديه ورجليه في مجلس) واحد (أو) قص (يدا) أي أظفار يد واحدة (او) قص (رجلا) أي أظفار رجل واحدة أما في الاول فلانها جناية واحدة معنى لاتحاد المقصود وهو الارتفاق فاذا اتحد المجلس تعتبر المعنى واذا اختلف تعتبر الحقيقة

كاللبس المتفرق وأما فى الثانى فلان للربع حكم الكل وان قص الكل فى مجلسين يجب دمان عندهما لانهما جنايتان وعند محمد دم واحد للتداخل ولو قص من يديه ورجليه خمسة متفرقة يجب دم عنده وصدقة عندهما ولو قص ثلاث أصابع عليه صاع ونصف عندنا وعند زفر والشافعى دم (والا) أى وان لم يكن كذلك بل قص أقل من يد أو رجل فى مجلس (تصدق) لقصور الجناية (كخمسة) أى كما يتصدق فى قص خمسة من الاصابع (متفرقة) وهو نصف صاع من بر بقلم كل ظفر الا أن يبلغ ذلك دما فينقص ما شاء (ولا شئ) على المحرم (بأخذ ظفر منكسر) لانه لا ينمو بعد الانكسار (وان تطيب) المحرم (أو لبس) ثوبا (او حلق) رأسه او لحيته (بعذر) أى بسبب عذر (ذبح شاة) ان شاء (أو تصدق بثلاثة أصوع) من الطعام (على ستة) من المساكين لكل مسكين نصف صاع (أو صام ثلاثة أيام) لما روى عن كعب بن عجرة أنه قال كان بى أذى من رأسى فحملت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتناثر على وجهى فقال ما كنت أرى ان الجهد بلغ منك ما أرى أتجد شاة قات لا فنزلت الآية ففدية من صيام أو صدقة أو نسك قال هو صوم ثلاثة أيام أو اطعام ستة مساكين نصف صاع لكل مسكين متفق عليه وفسر النبى صلى الله عليه وسلم النسك بالشاة فيما رواه أبو داود ثم اذا اختار الطعام يجزيه التغدية والتعشية بالاباحة عند أبى يوسف وقال محمد لا يجوز الا التمليك

* هذا (فصل) فى بيان ما يفسد الحج وما لا يفسده (ولا شئ) على المحرم (ان نظر الى فرج امرأة بشهوة فأمنى) لانه لم توجد منه المباشرة ولهذا لا يفسد به الصوم وعند مالك وأحمد عليه بدنة (وتجب شاة ان قبل) المحرم امرأته بشهوة (أو لمس) امرأة (بشهوة) سواء أنزل أو لم ينزل وكذا اذا جامع فيما دون الفرج وعند الشافعى يفسد احرامه فى جميع ذلك اذا أنزل وعن أحمد يجب بدنة (او أفسد) المحرم (حجه بجماع فى أحد السبيلين) أى القبل والدبر (قبل الوقوف بعرفة) نبه بالعطف على وجوب الشاة وعند الشافعى بدنة كما لو جامع بعد الوقوف ونبه بقوله أفسد على فساد الحج وهو مجمع عليه وعن أبى حنيفة لا يفسد بالاجماع فى الدبر ولا فرق فيه بين أن يكون ناسيا أو عامدا طائعا أو مكرها كما فى الصوم ولنا فيما قلنا أن رجلا جامع امرأته وهما محرمان فسألا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما اقضيا نسككما واهديا هديا رواه البيهقى والهدى يتناول الشاة (ويمضى) هذا المفسد فى حجه كما يمضى من لم يفسد (ويقضى) ذلك الحج الفاسد من قابل لما روى عن عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم أنهم قالوا يريقان دما ويمضيان فى حجهما وعليهما الحج من قابل (ولم يفترقا) أى الزوجان اللذان أفسدا الحج بالجماع (فيه) أى فى القضاء وعند زفر يفترقان من عند الاحرام وعند الشافعى يفترقان من المكان الذى وقع فيه الجماع وعند مالك يفترقان من حين خروجهما من المنزل قلنا الافتراق ليس بنسك فى الاداء فكذلك فى القضاء وما نقل عن بعض الصحابة رضى الله عنهم من الافتراق فهو محمول على الاستحباب (و) تجب (بدنة) على المجامع (لو) جامع (بعده) أى بعد الوقوف بعرفة كذا روى عن ابن عباس ولا يعرف ذلك الا سماعا ولو كان قارنا فعليه بدنة لحجه وشاة لعمرته (ولا فساد) لحجه لقوله عليه الصلاة والسلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وحقيقة التمام غير مراد لبقاء طواف الزيارة وهو ركن فتعين التمام حكما بالأمن من الفساد وبفراغ الذمة عن الواجب وعن الشافعى أنه يفسد اذا جامع

قبل الرمى وبه قال مالك وأحمد (أوجامع) عطف على مافيه وجوب الشاة لا على مافيه البدنة يعنى وتجب عليه شاة ان جامع (بعد الحلق) لخفة الجناية لوجود الحل فى حق غير النساء وفى المبسوط والبدائع لو جامع القارن أول مرة بعد الحلق قبل طواف الزيارة فعليه بدنة للحج وشاة للعمرة وذكر الوبرى أنه يجب عليه بدنة ولا شئ عليه للعمرة وهذا يخالف ماذكره القدورى وغيره والصواب مع القدورى (أو) جامع (فى العمرة قبل أن يطوف الاكثر) وهو أربعة أشواط يلزمه شاة أيضا (وتفسد) العمرة (ويمضى) فيها كمن لم يفسد (ويقضى) بعد ذلك (أو) جامع (بعد طواف الاكثر) فى العمرة تجب عليه شاة أيضا (ولا فساد) لعمرته لوجود أكثرها وقال الشافعى تفسد فى الوجهين جميعا وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هى فرض عنده وعندنا هى سنة فكانت أحط رتبة منه فتجب شاة (وجماع الناسى كالعامد) لاستوائهما فى الارتفاق وكذا جماع النائمة والمكرهة مفسد خلافا للشافعى (أوطاف) عطف على مافيه وجوب الشاة أى تجب شاة اذا طاف (للركن) أى لاجل طواف الزيارة حال كونه (محدثا) وقال الشافعى لا يعتد به لقوله عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة ولنا اطلاق قوله تعالى وليطوفوا واشتراط الطهارة بخبر الواحد زيادة على النص وهى نسخ فلا يثبت به والمراد من التشبيه فى الثواب دون الحكم ألا ترى أن الانحراف والمشى فيه لا يفسده ثم الطهارة سنة عند ابى شجاع والصحيح انها واجبة (وبدنة) أى وتجب بدنة (لو) طاف للركن حال كونه (جنبا) كذا روى عن ابن عباس وكذا اذا طاف أكثره جنبا (ويعيد) أى الطواف فى الجنابة والحدث جميعا ليأتى به على وجه الكمال ولم يبين كيفية الاعادة ذكر فى الهداية أنها أفضل مادام بمكة وقال وفى بعض النسخ وعليه أن يعيد والاصح أنه يؤمر بالاعادة فى الحدث استحبابا وفى الجنابة ايجابا وكذا قال صاحب المجمع ثم اذا أعاده وقد طافه محدثا فلا ذبح عليه وان اعاده بعد أيام النحر وان أعاده وقد طافه جنبا فى ايام النحر فلا شئ عليه وان اعاه بعد لزمه دم عند أبى حنيفة ولو رجع الى أهله وقد طافه جنبا وجب عليه أن يعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزأه الا أن العود هو الافضل وفى المحيط بعث الدم أفضل (و) يجب عليه (صدقة لو) طاف حال كونه (محدثا للقدوم والصدر) وكذا فى كل طواف هو تطوع ولو طاف للصدر جنبا عليه دم لانه نقص كبير فان قلت قد سويتم بين الواجب والنفل ههنا قلت طواف القدوم وجب بالشروع فيه فاستويا (اوترك اقل طواف الركن) عطف على مافيه وجوب الشاة أى يجب شاة ان ترك الاقل وهو ثلاثة أشواط من طواف الركن لان النقصان يسير فينجبر بالدم (ولو ترك أكثره) أى أكثر طواف الركن وهو أربعة اشواط فصاعدا (بقى محرما) أبدا حتى يطوفه ولكن فى حق النساء لان للاكثر حكم الكل (أوترك أكثر الصدر) عطف على مافيه وجوب الشاة أى يجب شاة أيضا ان ترك الاكثر من طواف الصدر لانه واجب (أوطاف) للصدر حال كونه (جنبا) لما قلنا (و) تجب (صدقة بترك أقله) فيجب لكل شوط نصف صاع من بر ولا يجب فيه دم بخلاف طواف الزيارة وطواف العمرة حيث يجب فيهما الدم بترك الاقل لانهما فرض (أوطاف للركن) أى يجب شاة أيضا لو طاف طواف الزيارة حال كونه (محدثا و) طاف (للصدر) حال كونه (طاهرا فى آخر ايام التشريق) لان طواف الصدر لم ينتقل الى طواف

قوله عند أبى شجاع كذا بخط المؤلف والصواب ابن شجاع كما فى الزيلعى اه من هامش

الزيارة

الزيارة بل على حاله لان اعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وطواف الصدر واجب فالواجب لا ينتقل الى غير الواجب فوجوب الدم بسبب الحدث فى طواف الزيارة (و) يجب (دمان لو طاف للركن) حال كونه (جنبا) وطاف للصدر طاهرا فى آخر ايام التشريق لان طواف الصدر ههنا ينتقل الى طواف الزيارة وتلغو نيته الصدر لوجوب ترتيب أفعال الحج فيكون تاركا لطواف الصدر ومؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب دم بترك الصدر بلا خلاف ودم آخر عند أبى حنيفة رضى الله عنه بتأخيره طواف الزيارة عن ايام النحر فيكون دمان عنده ودم واحد عندهما (أو طاف لعمرته) عطف على ما فيه وجوب دم أى يجب دم لو طاف المعتمر لعمرته (وسعى) لها حال كونه (محدثا) لترك الطهارة فى طواف الفرض (ولم يعد) أى ليس عليه أن يعيد الطواف والسعى لوقوع التحلل بأداء الركن والنقصان أيضا يسير وليس عليه فى السعى شئ لانه أتى به على أثر طواف معتد به وهو لا يفتقر الى الطهارة ومادام بمكة يعيد الطواف لتمكن النقصان فيه ويعيد السعى لانه تبع للطواف ولا شئ عليه لارتفاع النقصان بالاعادة ولو أعاد الطواف دون السعى فلا شئ عليه على ما اختاره شمس الائمة وذكر قاضيخان وغيره من شراح الجامع الصغير أنه يجب عليه الدم ولم يقل به أحد (أو ترك السعى) عطف على ما فيه وجوب دم أيضا أى يجب دم لو ترك السعى بين الصفا والمروة لانه واجب فيلزمه الدم بتركه (أو أفاض) أى نزل (من عرفات قبل الامام) بالنهار ولو أفاض بعد غروب الشمس لا شئ عليه وقال الشافعى لا شئ عليه فى الحالين قلنا نفس الوقوف ركن واستدامته الى الغروب واجب لقوله عليه الصلاة والسلام فادفعوا بعد غروب الشمس والامر للوجوب ولو أعاد الى عرفات بعد الغروب لا يسقط عنه الدم فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة أنه يسقط وان عاد قبل الغروب ففيه اختلاف المشايخ (أو ترك الوقوف بالمزدلفة) لانه واجب (أو) ترك (رمى الجمار كلها) فى الايام الاربعة وهى سبعون حصاة سبعة يوم النحر واحدى وعشرون فى ثانى النحر ومثلها فى الثالث ومثلها فى الرابع (أو) ترك (رمى يوم) واحد ولو ترك احدى الجمار الثلاث فى يوم فعليه صدقة الا أن يكون المتروك أكثر من النصف وذلك بأن يرمى عشر حصيات ويترك احدى عشرة حصاة ومعنى وجوب الصدقة بترك الاقل أن يجب عليه لكل حصاة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير الا أن يبلغ ذلك دما فينقص ما شاء (أو أخر الحلق) عن وقته (أو) أخر (طواف الركن) أى الزيارة عن ايام النحر يجب عليه دم فيهما عند أبى حنيفة وقالا لا شئ عليه فيهما وعلى هذا الخلاف تأخير الرمى وتقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمى ونحر القارن قبل الرمى والحلق قبل الذبح لهما قوله عليه الصلاة والسلام اذبح ولا حرج وارم ولا حرج وله قول ابن عباس رضى الله عنهما من قدم نسكا على نسك فعليه الدم والمراد بالحرج المنفى فيه الاثم لا الفدية (أو حلق فى الحل) فى الحج والعمرة والمراد فى غير الحرم فى ايام النحر وأما اذا خرج فى غير أيام النحر فحلق فى غير الحرم فعليه دمان عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يجب شئ وقال محمد يجب دم واحد وقال زفر ان حلق للحج فى أيام النحر فلا شئ عليه وان حلق بعده فعليه دم والاصل أن الحلق عند أبى حنيفة يختص بمكان وهو الحرم وزمان وهو أيام النحر وعند أبى يوسف لا يختص بواحد منهما وعند محمد يختص بمكان دون زمان وعند زفر يختص بزمان دون مكان وأما الحلق للعمرة

فلا يتعين بالزمان بالاجماع (و) يجب (دمان لو حلق القارن قبل الذبح) عند أبي حنيفة دم لترك الترتيب ودم للقران وعندهما ليس عليه الا دم واحد وهو دم القران لتحقق سببه

* هذا (فصل) في بيان جزاء قتل الصيد وهو حيوان ممتنع متوحش بأصل الخلقة برّى وهو ما يكون توالده وتناسله في البرّ وبحرى وهو ما يكون توالده في الماء ويحرم على المحرم البرى دون البحرى (ان قتل محرم صيدا أو دل عليه) أي على الصيد (من قتله فعليه الجزاء) لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم وأمّا الدلالة فلما روى في حديث أبي قتادة هل دللتم وقال الشافعي لا يجب عليه شئ بالدلالة (وهو) أي الجزاء (قيمة الصيد بتقويم) رجلين (عدلين في مقتله) بفتح الميم أي في موضع قتل فيه الصيد (أو) في (أقرب موضع منه) أي من مقتله ان كان في برّية (فيشترى) القاتل (بها) أي بالقيمة (هديا وذبحه) ان شاء (ان بلغت) قيمته (هديا أو) ان شاء اشترى بها (طعاما وتصدق به) أي بالطعام على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير (كالفطرة) أي كما في صدقة الفطرة (أو) ان شاء (صام عن طعام كل مسكين) يعنى عن نصف كل صاع (يوما ولو فضل) من الطعام بعد هذا الحساب (أقل من نصف صاع) ان شاء (تصدق به أو) ان شاء (صام) عنه (يوما) كاملا وهذا عندهما وقال محمد الخيار في تعيين الهدى أو الاطعام أو الصيام الى العدلين فاذا حكما بالهدى فالمعتبر فيما له مثل ونظير من حيث الخلقة ما هو مثل ففي الضبع والظبي شاة وفي الارنب عناق واليربوع جفرة والنعامة جمل والحمار الوحشي بقرة والمعتبر فيما لا مثل له القيمة كما قالا فالخلاف في شيئين في معنى المثل وفيمن له الخيار وبقوله قالت الثلاثة له في خيار الحكمين قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا نصب هديا لوقوع الحكم عليه وفي وجوب المثل فيما له مثل قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم أوجب المثل من النعم ولهما في خيار القاتل ان الوجوب عليه كما في اليمين فالخيار اليه وحكم العدلين لتقدير القيمة وفي وجوبها ان الحيوان غير مضمون بالمثل فيكون مضمونا بالقيمة كالمملوك وأمّا هديا فنصب على الحال يعنى فجزاؤه من النعم هديا أي في حال الاهداء والمراد من قوله مثل ما قتل من النعم أي جزاء يماثل المقتول من النعم الوحشي ومثل الحيوان قيمته لان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى فاذا تعذر ذلك حمل على المثل المعنوى وهو القيمة ثم اذا وقع الاختيار على الهدى لا يجزى الا ما يجوز في الاضحية عند أبي حنيفة فاذا بلغت القيمة ما لا يضحى به كالعناق مثلا لم يجز فيه الا التصدق ولا يصلح العناق جزاء وقالا يصلح ويذبح لعموم قوله من النعم وله ان اراقة الدم ليست بقربة الا في سن مخصوص كما عرف ثم الجزاء عندنا على التخيير المشروح وعند زفر على الترتيب فيجب الهدى أوّلا ثم الاطعام ثم الصيام لان الجزاء في مقابلة الجناية والملائم بحال الجاني هو الترتيب ولنا انّ أو في الآية للتخيير (وان جرحه) أي وان جرح المحرم الصيد (أو قطع عضوه أو نتف شعره ضمن ما نقص) منه اعتبارا للجزء بالكل هذا اذا برئ وبقي أثره وان لم يبق له أثر لا يضمن لزوال الموجب وقال أبو يوسف يلزمه صدقة للألم وعلى هذا لو قلع سنه أو ضرب عينه فابيضت فنبت له سن وزال البياض وفي البدائع لا يسقط عنه الضمان (وتجب القيمة) كاملة (بنتف ريشه وقطع قوائمه) لانه فوّت عليه الامن (و) كذا تجب قيمة اللبن من (حلبه) لان اللبن من اجزائه (وكسر بيضه) لانه أصل الصيد فتجب قيمة البيض

وان كان

وان كان مذرة لا يجب شئ (و) كذا يجب القيمة فى (خروج فرخ ميت به) أى بالكسر لان الظاهر انه مات به والقياس ان لا يجب به سوى البيضة وكذا لو ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا ثم ماتت تجب عليه قيمتهما بخلاف ما اذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا حيث يجب ضمان الام ولا يجب ضمان الولد غير الغرة فى الحرة وفى الامة يجب قيمة الام ونصف عشر قيمة الولد لو كان ذكرا أو عشر قيمته لو كان أنثى (ولا شئ بقتل غراب) يأكل الجيف ويبتدئ بالاذى دون العقعق وغراب الزرع (وحدأة وذئب وحية وعقرب) والرتيلا وأم أربعة وأربعين (وفأرة) برية وأهلية (وكلب عقور) وعن أبى حنيفة العقور وغيره والمستأنس والمتوحش منه سواء وعنه لا يجب أيضا بقتل السنور ولو كان بريا (وبعوض ونمل) سوداء أو صفراء التى تؤذى بالعض وما لا يؤذى لا يحل قتلها ولكن لا يضمن لانها ليست بصيد (وبرغوث وقراد وسلحفاة) وخنفساء وقنفذ ووزغة وذباب وزنبور وحلمة وصياح الليل والصرصر وأم حبين وابن عرس لانها من هوام الارض وليست بصيد (وبقتل قملة وجرادة تصدق بما شاء) قيل كفا من طعام وقيل تمرة لان فى القملة ازالة الشعث من بدنه حتى لو قتل قملة ساقطة أو من بدن غيره لا شئ عليه ولو وقع فى ثوبه قمل كثير فألقاه فى الشمس ليموت القمل وجب عليه نصف صاع من بر وان لم يقصد به قتلها فلا شئ عليه وأما الجراد فهو صيد (ولا يجاوز) القيمة (عن شاة بقتل السبع) وقال زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت لانه صيد فكان كمأكول اللحم لان الصيد انما حرم من حيث انه ارتفاق وهو جناية على الاحرام فلا يزاد فيه على الدم وقال الشافعى لا يجب شئ بقتل السبع لانه مجبول على الاذى وبه قال أحمد ولنا انه صيد فتتناوله الآية الا اذا حمل عليه وهو معنى قوله (وان صال) أى السبع أى حمل عليه (لا شئ بقتله) لانه حينئذ فى معنى الفواسق وقال زفر يجب عليه قيمته لان عصمته لا تزول بفعله (بخلاف المضطر) الى الاكل اذا قتل صيدا وأكله يجب عليه الجزاء لان الكلام فى الفعل الاختيارى من الحيوان لا بآفة سماوية (وللمحرم ذبح شاة وبقرة وبعير ودجاجة وبط أهلى) وهى التى تكون فى المساكن والحياض ولا تطير لالفتها بأصل الخلقة كالدجاج وأما التى تطير فصيد فيجب بقتلها الجزاء وينبغى أن يكون الجاموس على هذا التفصيل فانه فى بلاد السودان وحشى ولا يعرف منه مستأنس عندهم (وعليه) أى على المحرم (الجزاء بذبح حمام مسرول وظبى مستأنس) لانهما صيد بأصل الخلقة وقال مالك يجوز ذبح الحمام المسرول للمحرم لانه ألوف مستأنس (ولو ذبح محرم صيدا حرم) أكله على الذابح وعلى غيره وقال الشافعى يحل لغيره وله اذا حل لانه مذبوح بزكاة غير انه حرم على الذابح لارتكابه النهى ولنا انه تعالى سماه قتلا فدل انه ليس بزكاة (وغرم) الذابح قيمة اللحم (بأكله) من لحم الذى ذبحه عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن الذابح أيضا بأكله لانه ميتة وتناول الميتة لا يوجب الا الاستغفار وله انه لكونه محظور احرامه لا لكونه ميتة (لا) يغرم (محرم آخر) اذا أكل منه كالحلال اذا قتل صيد الحرم فأكل منه (وحل له) أى للمحرم (لحم ما اصطاده حلال وذبحه) الحلال أيضا (ان لم يدل) المحرم (عليه) أى على الصيد (ولم يأمره) أى الحلال (بصيده) لحديث أبى قتادة رضى الله عنه لانه لم يصد حمار الوحش لنفسه خاصة بل صاده له ولاصحابه وهم محرمون فأباحه لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يحرمه بارادته أن يكون لهم هكذا قاله الطحاوى

وقال الشافعي ومالك ان اصطاده الحلال لاجل المحرم لايحل له تناوله لقوله عليه السلام الصيد حلال لكم مالم تصيدوه أو يصاد لكم رواه أبو داود والترمذي قلنا ضعفه يحيى بن معين ولئن صح فهو محمول على ما اذا اصيد له بأمره (وبذبح الحلال صيد الحرم) تجب (قيمة يتصدق بها) أى بالقيمة وقال الشافعي يكفر قياسا على قتل المحرم وفى جواز الهدى روايتان عن أصحابنا (لا) يجوز (صوم) فى هذه المسئلة لان الواجب هو الضمان بقتله والصوم لا يصلح ضمانا وقال زفر يجوز فيه الصوم لان الوجوب باعتبار الجناية فكان كفارة كالمحرم فيجزئه الصوم (ومن دخل الحرم بصيد أرسله) لان بدخوله صار من صيده وقال الشافعي ومالك لا يرسله لان حق الشرع لا يظهر فى مملوك العبد لحاجة العبد ولو كان معه بازى فأرسله فى الحرم فأتلف حماما لا يجب عليه شئ (فان باعه) أى فان باع الصيد بعد ما دخل به الحرم (رد البيع ان بقى) الصيد لفساد البيع (وان مات) الصيد (فعليه الجزاء) يتصدق بقيمته ولو تبايع الحلالان وهما فى الحرم والصيد فى الحل جاز عند أبى حنيفة خلافا لمحمد (ومن احرم و) الحال انه له (فى بيته أو قفصه صيد لا يرسله) يعنى لا يجب عليه الوصية بارساله وقت الاحرام لان الصحابة رضى الله عنهم أحرموا وفى بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل أنهم أوجبوا ارسالها وقال الشافعي عليه ارساله لانه تعرض للصيد وقيل اذا كان القفص فى يده لزمه ارساله بحيث لا يضيع (ولو أخذ حلال صيدا فأحرم) بعده (ضمن مرسله) عند أبى حنيفة لانه أتلف عليه مالا محترما بخلاف ما اذا أخذه فى حالة الاحرام لانه لم يملكه وقالا لا يضمن لانه آمر بالمعروف وناه عن المنكر (ولا يضمن) المرسل الصيد (لو أخذه) وهو (محرم) بالاجماع لانه بالاخذ لم يملكه لان المحرم لا يملك الصيد بسبب ما بخلاف ما اذا أخذه وهو حلال ثم أحرم لانه ملكه بالاخذ قبل الاحرام فيكون المرسل متلفا عليه (فان قتله) أى الصيد (محرم آخر) فى يد المحرم المذكور (ضمنا) أى القاتل والآخذ فى حالة الاحرام جميعا لوجود الجناية منهما (ورجع آخذه على قاتله) لانه قرر عليه ما كان على شرف السقوط وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع به على غيره (فان قطع حشيش الحرم أو) قطع (شجرا غير مملوك ولا مما ينبته الناس) كالشيح والقيصوم ونحوهما (ضمن قيمته) لقوله عليه السلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها (الا فيما) أى فى الذى (جف) لانه حطب وليس بنام فيحل الانتفاع به (وحرم رعى حشيش الحرم وقطعه) بالمناجل لما روينا وقال أبو يوسف يجوز الرعى لمكان الحرج لاسيما فى الزائرين وبه قال الشافعي وأحمد (الا الاذخر) بكسر الهمزة والخاء المعجمة وهو نبت يكون بمكة وفى الطلبة هى حشيشة طيبة الريح لمكان الاستثناء فى الحديث الصحيح (وكل شئ على المفرد به) أى بسببه (دم فعلى القارن دمان) دم لحجته ودم لعمرته وعند الشافعي دم واحد وهذا بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وباحرامين عندنا (الا أن يتجاوز) القارن (الميقات) حال كونه (غير محرم) فانه حينئذ يجب عليه دم واحد لانه لاجل تعظيم البقعة وهى واحدة وقال زفر عليه دمان لانه أخر الاحرامين من الميقات (ولو قتل محرمان صيدا تعدد الجزاء) يعنى على كل واحد منهما جزاء كامل وقال الشافعي عليهما جزاء واحد كالحلالين اشتركا فى صيد الحرم ولنا ان هذا كفارة وبدل للمحل وفعل كل واحد كامل فيجب عليهما موجبه بخلاف الحلالين لانه فى حقهما بدل المحل فقط (ولو) اشترك

(حلالان)

(حلالان) في قتل صيد الحرم (لا) يتعدد الجزاء وهو القيمة لما ذكرنا (ويبطل بيع المحرم صيدا وشراؤه) لان بيعه حيا تعرض له وبعد قتله بيع ميتة بخلاف ما اذا باع لبن الصيد أو بيضه أو الجراد أو شجر الحرم ثم اذا قبض المشترى وعطب في يده فعليه وعلى البائع الجزاء ويضمن المشترى أيضا للبائع لفساد البيع ولو ردّه على البائع يجب على المشترى الجزاء للتعدى بالتسليم اليه ويبرأ من الضمان للبائع (ومن أخرج ظبية الحرم) من الحرم (فولدت وماتا) أى الام والولد (ضمنهما) لان استحقاق الامن يسرى الى الولد كسائر الصفات الشرعية كالرق والحرية فيضمن الولد كالام فان قلت يشكل على هذا ولد المغصوب حيث لا يضمن قلت الولد في الظبية حق الله تعالى وهو طالب للردّ بخلاف الغصب لان صاحبه لم يطلب حتى لو طلب ومنعه يضمن فعلى هذا لو هلك ولد الظبية قبل أن يتمكن من الردّ لا يضمن وايضا ان سبب الضمان ازالة الامن وقد وجد في الولد وفي المغصوب ازالة يد المالك ولم يوجد فعلى هذا يضمن ولد الظبية كيفما كان (فان أدّى جزاءها) أى جزاء الام (فولدت) بعد ذلك (لا يضمن الولد) لانه صيد حل

هذا (باب) في بيان حكم (مجاوزة الوقت بغير احرام)

أراد بالوقت الميقات (من جاوز الميقات) حال كونه (غير محرم ثم عاد) الى الميقات حال كونه (محرما) بحجة أو عمرة وحال كونه (ملبيا أو جاوز) الميقات (ثم أحرم بعمرة ثم أفسد) تلك العمرة ثم عاد الى الميقات من عامه ذلك (وقضى) العمرة التى أفسدها (بطل الدم) الذى وجب عليه في المسئلتين أما الاولى فهى قول أبى حنيفة وهو انه لا يسقط الا اذا عاد ملبيا وعندهما يسقط بعوده لبى أو لم يلب وعند زفر لا يسقط لبى أو لم يلب وبه قالت الثلاثة ولا خلاف بينهم انه اذا رجع الى الميقات قبل الاحرام فاحرم من الميقات سقط عنه الدم وان رجع بعد ما طاف لا يسقط لزفر ان جنايته لم ترتفع بالعود فصار رقياسا على ما لو أفاض من عرفات قبل الغروب وان عاد ولهما أنه تلافى التقصير في وقته وله أنه لا يكون كاملا الا بالتلبية وأما الثانية فهى قولنا وقال زفر لا يسقط عنه الدم لان بالعود لا ترتفع الجناية ولنا أنه تدارك ما تركه في وقته حيث لم يشرع في الافعال بعد فسقط عنه الدم (فلو دخل الكوفى البستان) أى بستان بنى عامر وهى قرية في داخل الميقات وخارج الحرم (لحاجة) عرضت له (له دخول مكة بلا احرام) لانه التحق بأهل البستان وللبستانى أن يدخل مكة بلا احرام للحاجة فكذا له (ووقته) أى ميقاته اذا أراد الاحرام (البستان) أراد جميع الحل الذى بينه وبين الحرم ولا فرق بين أن ينوى الاقامة في البستان خمسة عشر يوما أو لم ينو وعن أبى يوسف ان نوى الاقامة فيه أقل من خمسة عشر يوما لا يكون منهم فلا يكون له أن يدخل مكة بغير احرام ولو احرم من البستان للحج ولم يدخل مكة حتى وقف بعرفة اجزأه لانه أحرم من ميقاته ولم يترك نسكا واجبا فلا يلزمه شئ كأهل البستان (ومن دخل مكة بلا احرام وجب عليه أحد النسكين) يعنى الحج أو العمرة لان دخوله سبب لوجوب الاحرام سواء قصد الحج أو العمرة أو التجارة أو لم يقصد شيأ وعند الشافعى له أن يدخل مكة بلا احرام ان لم يرد أداء النسك (ثم) انه (اذا حج عما) وجب (عليه) من حجة الاسلام أو حجة منذورة أو عمرة منذورة (في عامه ذلك صح) عما لزمه (من دخوله

مكة بلا احرام وان تحولت السنة لا) يصح وقال زفر لا يصح وان لم تتحول السنة وهو القياس لان ما وجب فى ذمته دين عليه فلا يتأدى الا بنيته وجه الاستحسان ان الواجب عليه أن يكون محرما عند دخوله مكة تعظيما لها لا أن يكون احرامه لدخولها على التعيين بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا مقصودا فى ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود

هذا (باب) فى بيان حكم (اضافة الاحرام الى الاحرام)

(مكى طاف شوطا) واحدا أو شوطين أو ثلاثة (لعمرة فأحرم بحج رفضه) أى الحج عند أبى حنيفة ويتم العمرة لاتصال الاداء بها فرفضها نقضها ورفضه امتناع عن الاداء فهو أولى ثم يحج لانه وجب بالشروع وهو معنى قوله (وعليه حج وعمرة ودم لرفضه) أى لرفض الحج لتحلله قبل أوانه ثم ان رفض العمرة قضاها لا غير وان رفض الحج قضاه وقضى العمرة كما ذكرنا وقالا يرفض العمرة ويقضيها وعليه دم لرفضها ويمضى فى الحج ولو طاف لها أربعة أشواط يرفض الحج اجماعا لان للاكثر حكم الكل (فلو مضى عليهما) أى على الحج والعمرة (صح) لانه أداهما كما التزمهما غير أنه منهى عنه والنهى لا يمنع المشروعية (وعليه دم) لجمعه بينهما وهو دم جبر حتى لا يجوز له أن يأكل منه بخلاف الافاقى حيث يجوز له الاكل منه لان ذلك دم شكر (ومن أحرم بحج) وفرغ منه (ثم) أحرم (بآخر) أى بحج آخر (يوم النحر لزمه) الثانى (فان حلق فى الحج (الاول) قبل أن يحرم بالثانى (لزمه) الحج (الآخر) لصحة الشروع (ولا دم) عليه (والا) أى وان لم يحلق فى الحج الاول (لزمه) الآخر (وعليه دم) عند أبى حنيفة (قصر أولا) أى أو لم يقصر لانه ان قصر يكون جانيا على الثانى وان لم يقصر يكون مؤخرا للتقصير فى الحج الاول عن وقته وهو أيام النحر وهو يوجب الدم عنده وعندهما ان قصر فعليه دم وان لم يقصر فلا شئ عليه لانه ان قصر فقد جنى على الثانى وان لم يقصر فقد أخر التقصير فلا شئ بتأخيره عن وقته (ومن فرغ من عمرته) التى شرع فيها ولم يبق عليه (الا التقصير فأحرم بأخرى) أى بعمرة أخرى (لزمه دم) للجمع بينهما ثم ان الشيخ فرق بين الحج والعمرة كما ترى فأوجب فيها دما ولم يوجب فى الحج وهو رواية الجامع الصغير وفى الاصل أوجب الدم فى الحج أيضا للجمع بينهما احراما ولا فرق بين الجمعين (ومن أحرم بحج ثم) أحرم (بعمرة) أراد أنه جمع بينهما (ثم وقف بعرفات) قبل أن يدخل مكة (فقد رفض عمرته) بالوقوف (وان توجه اليها) أى الى عرفات (لا) يصير رافضا بخلاف الساعى الى الجمعة بعد أن صلى الظهر فى منزله (فلو طاف) أى الرجل الذى أراد الجمع بين الحج والعمرة (للحج) طواف القدوم (ثم أحرم بعمرة ومضى عليهما) أى على الحج والعمرة بأن قدم أفعال العمرة على أفعال الحج لانه قارن (يجب) عليه (دم) للجمع بينهما وهو دم كفارة وجبر على ما اختاره فخر الاسلام ودم شكر على ما اختاره شمس الائمة وثمرة الخلاف فى جواز الاكل له (وندب) أى استحب (رفضها) أى رفض العمرة فى المسئلة المذكورة لان الحج قد تأكد ببعض افعاله واذا رفضها قضاها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها (وان أهل) أى أحرم (بعمرة يوم النحر لزمته) العمرة لصحة الشروع فيها (ولزمه الرفض) اى رفض العمرة لكراهتها فى هذه الايام (و) لزمه (الدم) لرفضها للتحلل منها (و) لزمه (القضاء) أى قضاؤها لصحة الشروع فيها (فان مضى عليها) أى على العمرة (صح) لان الكراهة لمعنى فى غيرها وهو كونه مشغولا

باداء بقية أفعال الحج فى هذه الايام (ويجب) عليه (دم) بالمضى عليها الا انه جمع بينهما فى الاحرام أو فى بقية الافعال وقيل اذا أحرم بالعمرة بعد الحلق لا يرفضها كذا فى الاصل والاصح أنه يرفضها (ومن فاته الحج) بفوات الوقوف (فأحرم بعمرة أو) أحرم (بحجة رفضها) أى رفض التى أحرم بها الان فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب احرامه احرام العمرة والجمع بين الحجتين أو العمرتين غير مشروع

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاحصار)

وهو لغة المنع مطلقا يقال حصره العدو وأحصره المرض قال تعالى الذين أحصروا فى سبيل الله وشرعا هو منع الوقوف والطواف فاذا قدر على أحدهما فليس بمحصر (لمن أحصر) عن المضى الى الحج أو العمرة (بعدو) من بنى آدم أو حيوان (او) أحصر بسبب (مرض) أو بسبب ذهاب نفقته فى الطريق (أن يبعث شاة) أى بعث شاة لان أن مصدرية فى محل الرفع على الابتداء وخبره قوله لمن أحصر أو يبعث قيمة شاة فيشترى بها هنالك ويواعد من يذبحها فى الحرم فى يوم بعينه (تذبح عنه) فى ذلك اليوم (فيتحلل) يعنى اذا ذبح عنه يتحلل هو لقوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى ولا حلق عليه عندهما لانه حصل له التحلل بالهدى وقال أبو يوسف لا بد من الحلق بعد الذبح لانه ان عجز عن أداء المناسك لم يعجز عن الحلق وههنا فى الموضعين خلاف الاول ان الاحصار يكون بما ذكرنا وقال الشافعى لا يكون الا بالعدو لان الآية نزلت فى أصحابه عليه السلام وكانوا ممنوعين بسبب العدو وبه قال مالك وأحمد قلنا العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب والثانى لا يجوز ذبح الشاة فى مكان الاحصار لقوله تعالى حتى يبلغ الهدى محله وقال الشافعى يجوز أن يذبحها فى مكانه لانه شرع على وجه الرخصة وبه قال مالك وأحمد (ولو) كان المحصر (قارنا بعث دمين) دما لحجته ودما لعمرته لانه محرم بهما فلو بعث بواحد ليتحلل عن الحج ويبقى فى احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما (ويتوقت) دم الاحصار (بالحرم) وهو المكان (لا) يتوقت (بيوم النحر) وهو الزمان حتى جاز ذبحه فى أى وقت شاء وهذا عند أبى حنيفة لاطلاق النص وقالا يتوقت فى الزمان والمكان كما فى الحلق وهذا الخلاف فى المحصر بالحج وأما دم المحصر بالعمرة فلا يتوقت بلا خلاف (وعلى المحصر بالحج ان تحلل حجة وعمرة) كذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم وقال الشافعى يلزمه حجة لا غير لانه شارع فى الحج لا غير قلنا الحجة بالشروع والعمرة بالتحلل هذا اذا لم يقض الحج من عامه ذلك وأما اذا قضاه فيها لا يجب عليه العمرة (وعلى المعتمر) المحصر (عمرة) فقط يعنى اذا تحلل يجب عليه قضاؤها لا غير والاحصار عنها متحقق عندنا خلافا لمالك والشافعى (وعلى القارن) المحصر (حجة وعمرتان) يعنى اذا تحلل لصحة شروعه فى الحج والعمرة فيلزمه بالتحلل قضاؤهما وقضاء عمرة أخرى اذا لم يقض الحجة فى تلك السنة على ما بينا (فان بعث) المحصر بالحج الهدى (ثم زال الاحصار وقدر على) ادراك (الهدى والحج) جميعا (توجه) لاداء الحج وليس له أن يتحلل بالهدى لانه قدر على الاصل (والا) أى وان لم يقدر على ادراكهما (لا) يجب عليه التوجه للعجز وان توجه ليتحلل بأفعال العمرة جاز وتسقط عنه العمرة فى القضاء وان أدرك الهدى دون الحج يتحلل لانه عجز عن الاصل وان أدرك الحج دون الهدى يجوز له التحلل

استحسانا والقياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله (ولا احصار بعد ما وقف بعرفة) لانه
لا يتصور الفوات بعده ويبقى محرما الى أن يطوف طواف الزيارة (ومن منع بمكة عن الركنين)
أى طواف الزيارة والوقوف بعرفة (فهو محصر) لانه تعذر عليه الوصول الى الافعال وانما
قال منع ولم يقل أحصر لان الاحصار لا يتحقق بمكة عندنا خلافا للثلاثة (والا) أى وان لم يمنع
عن الركنين بل قدر على أحدهما (لا) يكون محصرا أما اذا قدر على الوقوف فلانه أمن
من الفوات وأما اذا قدر على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه فى التحلل
فلا حاجة الى الهدى

هذا (باب) فى بيان حكم (الفوات) فى الحج

(من فاته الحج بفوت الوقوف بعرفة فليحل بعمرة وعليه الحج من) عام (قابل) لما روى
ابن عمر وابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من فاته عرفة بليل فقد فاته
الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل رواه الدارقطنى ولا يجب عليه الدم عندنا وهو
معنى قوله (بلا دم) وقال الحسن بن زياد عليه دم مع القضاء وروى ذلك عن عمر بن الخطاب
رضى الله عنه وبه قال الشافعى وهو محمول على الاستحباب عندنا (ولا فوت لعمرة) لانها غير
مؤقتة وعليه الاجماع (وهى) أى العمرة أى صفتها (طواف) بالبيت (وسعى) بين الصفا والمروة
والطواف ركنها والسعى واجب والاحرام شرط (وتصح) العمرة (فى) جميع (السنة و)
لكنها (تكره يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق) لما روى عن ابن عباس لا تعتمر فى خمسة أيام
واعتمر قبلها وبعدها وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت حلت العمرة فى السنة كلها الا فى
أربعة أيام يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعده رواه الهروى (وهى) أى العمرة (سنة) مؤكدة
وقيل واجبة وقيل فرض كفاية وقال الشافعى فى القديم تطوع وفى الجديد هى فريضة كالحج
لما روى عن رجل من بنى عامر قال يا رسول الله ان أبى شيخ كبير لا يستطيع الحج والعمرة
والظعن قال احجج عن أبيك واعتمر رواه أبو داود والترمذى وصححه ولنا ما روى عن جابر بن
عبد الله أنه قال أتى اعرابى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أخبرنى عن العمرة
أواجبة هى فقال عليه السلام لا وأن تعتمر خير لك قال الترمذى حديث حسن صحيح ولا حجة له
فى حديث العامرى لانه عليه السلام أمره أن يحج ويعتمر عن أبيه ولم يأمره عن نفسه وعن أبيه
لا يجب عليه اجماعا فدل على أن ذلك أمر استحباب

هذا (باب) فى بيان أحكام (الحج عن الغير)

(النيابة) عن انسان (تجزئ فى العبادات المالية) المحضة كالزكوات والعشور والكفارات
(عند العجز) عن المباشرة بنفسه لحصول المقصود بفعل النائب (والقدرة) عليها بمباشرته بنفسه
(ولم تجزئ) النيابة (فى) العبادات (البدنية) المحضة كالصلاة والصوم والاعتكاف وقراءة
القرآن والاذكار (بحال) من الاحوال لا عند العجز ولا عند القدرة (وفى المركب منهما) أى
من المالى والبدنى كالحج فانه مالى من حيث الاستطاعة ووجوب الاجزية بارتكاب محظورات
وبدنى من حيث الوقوف والطواف والسعى (تجزئ) النيابة (عند العجز) عن المباشرة بنفسه

ولا تجزئ عند القدرة أشار اليه بقوله (فقط) وهذا مبنى على ان للانسان أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كان أو صوما أو حجا او صدقة أو قراءة قرآن او ذكرا الى غير ذلك من جميع أنواع البر وكل ذلك يصل الى الميت وينفعه عند أهل السنة والجماعة وقالت المعتزلة ليس له ذلك ولا يصل اليه لقوله تعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال مالك والشافعي يجوز ذلك فى الصدقة والعبادة المالية وفى الحج ولا يجوز فى غيره من الطاعات كالصلاة والصوم وقراءة القرآن وغيره ولنا ما روى انّ رجلا سأل النبىّ صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كان لى أبوان أبرهما حال حياتهما فكيف لى ببرهما بعد موتهما فقال النبىّ صلى الله عليه وسلم انّ من البر بعد البر أن تصلى لهما مع صلاتك وأن تصوم لهما مع صيامك رواه الدارقطنى وما رواه معقل بن يسار أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقرؤا على موتاكم سورة يس رواه ابوداود وما روى انه عليه السلام ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته متفق عليه أى جعل ثوابه لامته وهذا تعليم منه عليه السلام أنّ الانسان ينفعه عمل غيره والآية منسوخة بقوله تعالى والذين آمنوا وأتبعناهم ذرياتهم الآية قاله ابن عباس وقيل هى خاصة بقوم ابراهيم وموسى عليهما السلام لانه وقع حكاية عما فى صحفهما بقوله أم لم ينبأ بما فى صحف موسى وابراهيم الذى وفى وقيل أريد بالانسان الكافر وأما المؤمن فله ما سعى أخوه وقيل ليس له من طريق العدل وله من طريق الفضل وقيل اللام بمعنى على كما فى قوله ولهم اللعنة أى عليهم (والشرط) أى شرط جواز الانابة فى الحج (العجز الدائم) فى المنوب (الى وقت الموت) ان كان الحج فرضا بأن وجب عليه وهو قادر ثم عجز بعد ذلك وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يجب الاحجاج على العاجز ان كان له مال فلا يشترط أن يجب عليه وهو صحيح وانما اشترط دوام العجز لانه فرض العمر حتى لو أحج عن نفسه وهو مريض يكون موقوفا فان مات أجزأه وان تعافى بطل وكذا لو أحج عن نفسه وهو محبوس (وانما اشترط عجز المنوب للحج الفرض لا) يشترط (للنفل) أى للحج النفل لان بابه أوسع ثم الصحيح من المذهب فيمن حج عن غيره أن أصل الحج يقع عن المحجوج عنه لحديث الخثعمية وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة (ومن أحرم عن آمريه) بأن أمره رجلان أن يحج عن كل منهما فأحرم عنهما فالحج له و(ضمن النفقة) لانه خالفهما وان نوى أحدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا بالاتفاق وان عين أحدهما قبل المضى أى قبل الطواف والوقوف جاز عندهما وعند أبى يوسف وقع على نفسه وضمن نفقتهما وان أطلق بأن سكت عن ذكر المحجوج عنه معينا ومبهما قال فى الكافى لا نص فيه وينبغى أن يصح التعيين ههنا اجماعا لعدم المخالفة (ودم الاحصار على الآمر) عندهما لانه هو الذى ورّطه وقال أبو يوسف على المأمور لان وجوبه لدفع ضرر امتداد الاحرام وهو مختص به (ودم القران ودم الجناية على المأمور) لانه الجانى وصورة دم القران أن يأمره واحد بالقران أو يأمره اثنان أحدهما بالحج والآخر بالعمرة وأذناله بالقران وأما اذا فعل ذلك بغير اذن فقد صار مخالفا فيضمن النفقة وانما كان دم القران على المأمور لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين وهو مختص به (فان مات) المأمور بالحج (فى طريقه يحج عنه) اى عن الميت الاول الذى كان أوصى بالحج فأحجوا عنه هذا (من منزله بثلث ما بقى) من ماله عند أبى حنيفة وقالا يحج

عنه من حيث مات الحاج عن الموصى ولكن عند أبي يوسف يحج عنه بما بقى من الثلث الاول لان محل الوصية الثلث وعند محمد يحج عنه بما بقى من المال المدفوع اليه المفرز للحج ان بقى شئ والا بطلت الوصية لان افراز الوصى كافراز الموصى بنفسه وعند الشافعي وأحمد يحج عنه من جميع ماله وقد عرفت أن الخلاف في الموضعين في اعتبار الثلث وفي مكان الحج وكذا الخلاف اذا سرقت نفقة الحاج عن غيره في الطريق (ومن أهل) اى أحرم (عن أبويه) بحج من غير أمرهما (فعين) بعد ذلك لاحدهما (صح) وكذا لو أحرم عن أحدهما ثم عينه جاز لان من حج عن غيره يجعل ثوابه له وذلك لا يكون الا بعد الاداء ولغت نيته قبل الاداء والله اعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الهدى)

وهو اسم لما يهدى من النعم الى الحرم ليتقرب به (ادناه) أي أدنى الهدى (شاة) لقول ابن عباس رضى الله عنهما ما استيسر من الهدى شاة (وهو) أي الهدى (ابل وبقر وغنم) ذكورها واناثها وهذا بالاجماع (وما جاز في الضحايا جاز في الهدايا) وهو الثنى من الكل الا الجذع من الضأن فانه يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام لا تذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه مسلم وأبو داود والنسائي (والشاة تجوز في كل شئ الا في طواف الركن) وهو طواف الزيارة حال كونه (جنبا أو) في (وطء بعد الوقوف) بعرفة قبل الحلق فان في هذين الموضعين عليه بدنة وقد مر بيانه (ويؤكل من هدى التطوع) بل يستحب الاكل لقوله تعالى فكلوا منها والمراد به ما بلغ الحرم وأما اذا لم يبلغ لا يجوز لصاحبه أن يأكل ولا لغيره من الاغنياء لان القربة فيه بالاراقة انما تكون في الحرم وفي غيره بالتصدق (و) من هدى (المتعة والقران) لانه دم نسك وقال الشافعي لا يجوز الاكل منهما وعند مالك يأكل من الجميع الا جزاء الصيد وفدية الاذى ونذر المساكين وهدى التطوع لو عطب وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا يجوز الاكل من بقية الهدايا لا لصاحبها ولا لغيره من الاغنياء لانها دماء كفارة (وخص ذبح هدى المتعة والقران بيوم النحر) لانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية وذكر القدورى ان دم التطوع يختص بأيام النحر كدم المتعة والقران وفي الاصل ذبحه يجوز قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح وعند الشافعي لا يختص بيوم النحر من الدماء الا الضحايا واشار بقوله (فقط) الى جواز ذبح بقية الهدايا في أى وقت شاء (والكل) أى كل دم يجب على الحاج خص (بالحرم) لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة (لا) يخص جواز التصدق بالدماء (بفقيره) أى بفقير الحرم بل يجوز التصدق عليهم وعلى غيرهم من الفقراء وقال الشافعي لا يجوز التصدق على غير فقراء الحرم لان الدماء وجبت توسعة لاهل الحرم قلنا هو لسد خلة المحتاج والكل سواء (ولا يجب التعريف بالهدى) وهو أن يذهب به الى عرفات لان المقصود القربة باراقة الدم لا التعريف وعند مالك يجب اذا ساقه من حل وعندنا لو عرف بهدى المتعة والقران كان حسنا لتوقته بيوم النحر فربما لا يجد من يحفظه فيحتاج الى التعريف به (ويتصدق بجلاله) جمع جل (وخطامه) وهو زمامه (ولم يعط أجر الجزار) وهو الذى يذبح (منه) أى من المذبوح لقول على رضى الله عنه أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا (ولا يركبه) أى الهدى (بلا ضرورة) لانه اهانة له لقوله تعالى ومن يعظم شعائر الله الآية الا أنه اذا اضطر الى الركوب لقوله عليه الصلاة والسلام

اركبها بالمعروف اذا الجئت اليها وقال الشافعي ومالك يجوز ركوبه مطلقا الا أن يهزله
(ولا يحلبه) أى الهدى لانه جزؤه فلا يجوز أن ينتفع به ولا غيره من الاغنياء فان حلبه وانتفع
به أو دفع الى الغنى ضمنه كما فى صوفه ووبره وان ولدت تصدق به أو ذبحه معها وان باعه تصدق
بثمنه (وينضح) بالحاء المهملة أى يرش (ضرعه بالنقاخ) بضم النون وبالقاف وهو الماء
البارد حتى ينقطع اللبن فان كانت بعيدة من زمان الذبح حلب وتصدق به (فان عطب) أى هلك
الهدى حال كونه (واجبا أو تعيب) بأن ذهبت عينه أو انقطعت أذنه ونحو ذلك (أقام غيره
مقامه) لانه واجب فى ذمته والمعيب لا يصلح لذلك (والمعيب له) لانه خالص ملكه وعند أحمد
وبعض الشافعية يذبحه (ولو) كان الهدى الذى عطب أى قارب الهلاك والمعنى على هذا
ههنا أو تعيب (تطوعا نحره وصبغ نعله) أى نعل الهدى وأراد به قلادته (بدمه) ليعلم الناس
أنه هدى (وضرب به صفحته) أى صفحة سنامه والصفحة الجانب (ولم يأكله غنى) لانه للفقراء
وروى عن قبيصة رضى الله عنه أنه قال كان النبى صلى الله عليه وسلم يبعث معه بالبدن ثم يقول
ان عطب منها شئ فخشيت عليه موتا فانحرها ثم اغمس نعلها فى دمها ثم اضرب به صفحتها
ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك رواه مسلم وأحمد واحتج به الشافعي وقال لا يجوز
أن يأكلها الفقراء من رفقته بل يتركها جزرا للسباع قلنا هو محمول على أنه ورفقته كانوا أغنياء
(ويقلد بدنة التطوع والمتعة والقران) لانها دماء نسك وفى التقليد اشهارها ونبه بقوله بدنة على
أن الغنم لا تقلد لعدم التعارف بتقليدها وقال الشافعي يقلد الغنم أيضا لقول عائشة رضى الله
عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى الى البيت غنما فقلدها رواه البخارى ومسلم قلنا فعله
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه وترك الناس بعده ولو كانت سنة معروفة لما تركوه
والحديث انفرد به الاسود بن يزيد ولم يذكره غيره وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا يقلد غيرها من
الدماء كدماء الجنايات والكفارات والاحصار لان الستر بها أليق وفى المحيط يقلد دم النذر لانه
دم نسك وعبادة والله أعلم

* هذه (مسائل منثورة) * أى مفرقة غير مرتبة فى أبوابها مثل اللؤلؤ المنثور (ولو شهدوا)
أى لو شهد قوم (بوقوفهم) أى بوقوف أهل عرفة (قبل يومه) أى قبل يوم الوقوف بأن
شهدوا انهم وقفوا يوم التروية (تقبل) شهادتهم وعليهم الاعادة لان التدارك فيه ممكن فى الجملة
بأن يزول الاشتباه يوم عرفة (ولو) شهدوا بوقوفهم (بعده) أى بعد يوم الوقوف بأن شهدوا
أنهم وقفوا يوم النحر (لا) تقبل شهادتهم ويجزيهم حجهم لانه شهادة على النفى فلا تقبل
ولان التدارك غير ممكن وفى الامر بالاعادة حرج بين وهو مدفوع بالنص (ولو ترك الجمرة الاولى
فى اليوم الثانى) من النحر ورمى الجمرة الثانية والثالثة (رمى الكل) بأن رمى الاولى ثم الثانية
ثم الثالثة وهذا أفضل لانه راعى الترتيب المسنون (أو) رمى الجمرة (الاولى فقط) لان المتروك
هى هذه فيتلافاه فى وقته ولم يكن الا تاركا للترتيب وقال الشافعي لا يجزيه مالم يعد الكل
لان الترتيب عنده شرط (ومن اوجب) على نفسه بالنذر (حجا) حال كونه (ماشيا لا يركب)
أى لا يجوز له أن يركب (حتى يطوف للركن) أى طواف الزيارة لانه يجب عليه الايفاء بما التزم
كما لو نذر أن يصوم متتابعا ولو ركب اراق دما لانه أدخل فيه التقصير وكذا اذا ركب فى أكثره

وان ركب فى الاقل يجب عليه بحسابه من الدم وبطواف الركن ينتهى الاحرام فيمشى اليه وطواف الصدر للتوديع وليس بأصل فى الحج حتى لا يجب على من لا يودع ولم يبين الشيخ من أين يبتدئ المشى قيل يمشى من الميقات والاصح أنه يمشى من بيته لانه هو المراد فى العرف وفى الاصل خيره بين الركوب والمشى وعن أبى حنيفة أنه كره المشى فيه فيكون الركوب أفضل وأتم والصحيح الاول (ولو اشترى) رجل جارية (محرمة) قد أحرمت باذن مولاها (حللها) المشترى ان شاء (وجامعها) وفى الجامع الصغير أو يجامعها والاول يدل على أنه يحللها بغير الجماع كقص ظفر أو شعر ثم يجامعها والثانى يدل على أنه يحللها بالمجامعة والاولى أن يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج وقال زفر ليس له أن يحللها ولكن له الرد بالعيب لانه وجد فيها عمل لا يجوز ابطاله وانا أنه تعارض ههنا حق الله وحق العبد فترجح حق العبد باذن الشرع رعاية لحاجة ذى الحاجة وكذا يجوز عندنا تحليل حرة أحرمت بحجة النفل ثم تزوجت وقال زفر لا يجوز وكذا لو أحرم عبد باذن مولاه يجوز له تحليله وقال الشافعى لا يجوز والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (النكاح) *

لما فرغ من بيان العبادات شرع فى بيان المعاملات لانها تالية لها وقدم النكاح لانه مشتمل على المصالح الدينية والدنيوية ألا ترى انه أفضل من التخلى للنوافل وهو لغة الجمع كما يقال أنكحنا الفرا فسنرى أى جمعنا بين الحمار الوحشى وبين أتانه فسننظر ما يحدث منهما وشرعا (هو) أى النكاح (عقد يرد على ملك المتعة قصدا) أى من حيث القصد واحترز به عن عقد يرد على ملك المتعة ضمنا كالبيع والهبة ونحوهما لان المقصود فيهما ملك الرقبة ويدخل فيها ملك المتعة ضمنا اذا لم يوجد ما يمنعه (وهو) أى النكاح على ثلاثة أنواع لم يذكر منها الشيخ الانوعين الاول (سنة) وهى فى حالة الاعتدال لقوله عليه السلام تناكحوا توالدوا تكثروا فانى أباهى بكم الامم يوم القيامة وقوله النكاح سنتى فمن رغب عن سنتى فليس منى الثانى واجب وهو معنى قوله (وعند التوقان) وهو غلبة الشهوة من تاقت نفسه الى شئ اذا اشتد اشتياقه اليه (يجب) لما روينا من الامر الثالث مكروه وهو اذا خاف الجور لانه انما شرع لمصالح كثيرة فاذا خاف الجور لم تظهر تلك المصالح (وينعقد) النكاح (بايجاب) نحو زوجت وتزوجت (وقبول) نحو قبلت وأجزت (وضعا) أى الايجاب والقبول (للمضى) يعنى بصيغة الماضى كما ذكرنا (أو) وضع (أحدهما) للمضى فقط والآخر للمستقبل نحو زوجنى فيقول الآخر زوجتك لانه انشاء وهو اثبات أمر لم يكن وليس له لفظ يختص به باعتبار الوضع فاختير فيه لفظ الماضى الذى ينبئ عن الثبوت دفعا للحاجة (وانما يصح) عقد النكاح (بلفظ النكاح) نحو أنكحنى فيقول أنكحتك (والتزويج) نحو تزوجنى فيقول تزوجتك (وما) أى وبما (وضع لتمليك العين فى الحال) كالتمليك والصدقة والبيع والشراء ونحوها لانها ألفاظ تفيد الملك وانه سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة واحترز بقوله فى الحال عن الوصية لانها تمليك العين بعد الموت لا فى الحال وقال الشافعى لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج وبه قال أحمد لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه ولنا قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى الآية وقوله عليه الصلاة والسلام ملكتكها بما معك من القرآن وردا فى النكاح فان قلت هذا خاص

بالنبى

بالنبي صلى الله عليه وسلم بدليل قوله تعالى خالصة لك قالت الاختصاص والخلوص في سقوط المهر فافهم والتمليك سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة والسببية طريق من طرق المجاز وبلفظ السلم قيل ينعقد وقيل لا وكذا الصرف فيه قولان وكذا القرض وبالجعل ينعقد على الصحيح ولا ينعقد بلفظ الاجارة والاعارة في الصحيح خلافا للكرخي فيهما ولا بلفظ الاباحة والاحلال والتمتع والاجازة بالزاي المعجمة والرضا واختلف بلفظ لا يعلمان أنه نكاح

(عند حرين) يتعلق بقوله ينعقد أي ينعقد النكاح بحضرة رجلين حرين (أو حر وحرتين) يعني امرأتين حرتين وعند الشافعي لا ينعقد بحضور حر وحرتين لان شهادة النساء لا تسمع عنده الا في الاموال وتوابعها وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي يجوز النكاح بغير شهود وقال الزهري ومالك الاشهاد مستحب والاعلان شرط حتى لو تواضعا على كتمانه بطل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود ثم قول الشيخ عند حرين يدل على أن المراد حضورهما لا سماعهما لان عند للحضرة وفي رواية لا بد من سماعهما ولو عقد بحضرة النائمين جاز على الاصح ولا يجوز بحضرة الاصمين على المختار وبحضرة السكارى صح اذا فهموا وان لم يذكروا بعد الصحو ولو عقد بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما لم يجز وان سمع أحد الشاهدين فأعيد على الآخر فسمعه دون الآخر لم يصح الا في رواية عن أبي يوسف اذا اتحد المجلس ولو كان أحدهما أصم فأعاد عليه صاحبه حتى سمع لا يجوز عند العامة وقال أبو سهل يجوز اذا اتحد المجلس ووصف الحرين بقوله (عاقلين) احترازا عن المجنونين وبقوله (بالغين) عن الصبيين وبقوله (مسلمين) عن الكافرين (ولو) كان الشاهدان (فاسقين) وهو واصل بما قبله (أو) كانا (محدودين) في قذف (أو) كانا (أعميين) فانه يصح العقد بحضرة هؤلاء خلافا للشافعي رحمه الله فانه يشترط العدالة والبصر (أو) كانا (ابني العاقدين) أو ابني أحدهما فانه يصح العقد أيضا وعند الشافعي أيضا على الصحيح وكذا ينعقد بعدوي الزوجين (وصح تزوج مسلم) امرأة (ذمية عند ذميين) أي بحضرة ذميين وقال محمد وزفر والشافعي وأحمد لا يصح لانهما شاهدان في حقهما ولا شهادة للكافر على المسلم ولهما ان الشهادة شرط لثبوت النكاح لا لثبوت المهر وقد أشهد عليهما من يصلح شاهدا عليها فيجوز ثم اذا وقع التناكر بينهما فان كان الزوج هو المنكر لا تقبل شهادتهما عليه وان كانت هي المنكرة قبلت ونظيره ما لو تزوج بشهادة ابنيه من غيرها ثم تجاحدا لا تقبل شهادتهما ان كانت هي المنكرة وان كان الاب هو المنكر تقبل وكذا لو تزوجها بشهادة ابنيها ثم تجاحدا فان كانت هي المنكرة تقبل والا لا ولو تزوجها بشهادة ابنيهما ثم تجاحدا لا تقبل مطلقا (ومن أمر رجلا أن يزوج صغيرته) أي بنته الصغيرة (فزوجها) المأمور من رجل (عند رجل و) الحال أن (الاب حاضر صح) النكاح لان الاب اذا كان حاضرا يجعل مباشرا فيبقى المأمور المزوج سفيرا ومعبرا فيكون شاهدا مع الرجل فيتم النصاب (والا) أي وان لم يكن الاب حاضرا (لا) يصح لان الرجل يبقى وحده شاهدا وبه لا ينعقد النكاح وقوله أمر رجلا ليس بقيد حتى لو أمر امرأة فعقدت بحضرة رجل وامرأة أخرى والاب حاضر جاز وكذا قوله عند رجل ليس بقيد لانه لو عقد بحضرة امرأتين والاب حاضر جاز وكذا لو زوج الاب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد وكانت حاضرة

وان كانت غائبة لم يجز وان كانت صغيرة لا يجوز مطلقا وعلى هذا لو وكل رجلا أن يزوجه امرأة أو وكلته أن يزوجها رجلا فعقد بحضرة رجل واحد أو امرأتين وكان هو حاضرا أو هي حاضرة جاز والا لا بخلاف ما لو وكله أن يزوج عبده فزوجه بحضرة رجل أو امرأتين والعبد حاضر فانه لا يجوز لعدم التوكيل من جهته وان أذن لعبده أن يتزوج فتزوج بشهادة المولى ورجل آخر قيل يجوز وقيل لا يجوز ولو زوج عبده البالغ بحضرة رجل وهو حاضر صح وان كان غائبا لا وعلى هذا الامة وقال المرغينانى لا يجوز ثم اذا وقع التجاحد بين الزوجين فى هذه المسئلة فللمباشر أن يشهد وتقبل شهادته اذا لم يذكر أنه عقده بل قال هذه امرأته بعقد صحيح ونحوه وان بين لا تقبل لانها شهادة على فعل نفسه

* هذا (فصل فى) بيان (المحرمات) بأنواعها (حرم تزوج أمه وبنته وان بعدتا) أى الام والبنت عنه كام الام وان علت وبنت البنت كذلك لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم الآية والمراد بالامهات الاصول وبالبنات الفروع فلا جمع بين الحقيقة والمجاز (و) حرم أيضا تزوج (أخته وبنتها) أى بنت الاخت (و) حرم أيضا تزوج (بنت أخيه) من الابوين أو من الاب أو من الام (و) حرم أيضا تزوج (عمته) من الاب والام أو من أحدهما (و) حرم أيضا تزوج (خالته) من الابوين أو من أحدهما (و) حرم أيضا تزوج (أم امرأته دخل بامرأته أو لا) أى أو لم يدخل بها لاطلاق النص وقال بشر المريسى ومحمد بن شجاع ومالك أم الزوجة لا تحرم حتى يدخل بها وهو مروى عن على وزيد بن ثابت وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم والصحيح ما ذكرنا لاطلاق النص وهو مذهب عمر وابن عباس وعمران بن حصين رضى الله عنهم وهو رواية عن على وزيد بن ثابت وابن مسعود أيضا رضى الله عنهم (و) حرم أيضا تزوج (بنتها) أى بنت امرأته (ان دخل بها) أى بامرأته لثبوت قيد الدخول فى النص وسواء كانت فى حجره أو فى حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط خلافا لداود ومن تبعه فى اشتراط الحجر بظاهر النص وهو قول على رضى الله عنه أيضا وقال مالك لا تحرم الربيبة الا اذا كانت صغيرة وقت التزوج وجعلت فى حجره وتكفله لان الكبيرة لا تكون فى الحجر (و) حرم أيضا تزوج (امرأة أبيه و) تزوج امرأة (ابنه وان بعدا) أى الاب والابن بأن كان أب الاب أو أب الام أو أب أم الاب وان علا أو كان ابن الابن وان سفل ولا يشترط دخول الابن ولا الاب لاطلاق النص (و) حرم أيضا تزوج (الكل) أى جميع من ذكرت من المحرمات (رضاعا) أى من جهة الرضاع وهن أمه وبنته وأخته وبنات اخوته وعمته وخالته وأم امرأته وبنتها وامرأة أبيه وامرأة ابنه كل ذلك يحرم من الرضاع كما يحرم من النسب لما تلوناه ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وفى حليلة الابن من الرضاع وامرأة الاب من الرضاع خلاف الشافعى بناء على أصله ان لبن الفحل لا يتعلق به التحريم والحجة عليه ما روينا (والجمع) بالرفع عطف على قوله حرم تزوج أمه أى ويحرم الجمع (بين الاختين نكاحا) أى من حيث النكاح لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين (ووطأ) أى من حيث الوطء (بملك يمين) ويجوز الجمع بينهما ملكا بدون الوطء وهو قول على بن أبى طالب رضى الله عنه وقال عثمان يجوز الجمع بينهما وطأ أيضا لاطلاق قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وعامة العلماء

على

على قول على رضى الله عنه ولو قبل احداهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى
يحرم فرج الاخرى بتمليك أو نكاح أو عتق وعند الثلاثة لا يحرم الدواعى الا فى قول للشافعى
رضى الله عنه (فلو تزوج أخت أمته الموطوأة لم يطأ) يعنى لا يجوز له وطء (واحدة منهما) أى من
المنكوحة والموطوأة (حتى يبيعها) أى الموطوأة كى لا يكون جامعا بينهما وطأ حقيقة وقال
بعض المالكية لا يصح النكاح حتى يحرم الامة على نفسه وقال الشافعى ومالك يجوز له وطء
المنكوحة لان الموطوأة حرمت عليه بنكاح أختها والاخرى منكوحة فيحل وطؤها ولنا ماذكرنا
(ولو تزوج) رجل (أختين فى عقدين فلم يدر) العقد (الاول) وفى بعض النسخ فى عقدتين فلم يدر
الاولى أى العقدة الاولى (فرق بينه) أى بين الرجل (وبينهما) أى وبين الاختين لان نكاح
احداهما باطل بيقين ولا وجه للتعيين لعدم الاولوية وقيد بعقدين احترازا عما اذا تزوجهما
فى عقد واحد فانه لا يجوز نكاحهما بيقين وبقوله فلم يدر الاول احترز به عما اذا درى الاول
فانه حينئذ يجوز العقد الاول ويحل وطؤها الا اذا وطئ الثانية فحينئذ تحرم الاولى مادامت
الثانية فى العدة ولا يحل وطء الثانية لفساد العقد (ولهما) أى للاختين المذكورتين (نصف
المهر) لانه وجب للاولى منهما فيصرف اليهما لعدم الاولوية وقال أبو جعفر الهندوانى هذا
اذا ادعت كل واحدة منهما انها هى الاولى ولا بينة لهما اما اذا قالتا لا ندرى أى النكاحين
أول لا يقضى لهما بشئ لان المقضى له مجهول والجهالة تمنع صحة القضاء الا أن يتفقا على أخذ
نصف المهر فيقضى لهما به وعن أبى يوسف لا يجب لهما شئ للجهالة وعن محمد انه يجب المهر
كاملا ثم هذا اذا كان مهراهما متساويين وهو مسمى فى العقد وكان الطلاق قبل الدخول
وان كانا مختلفين يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها وان لم يكن مسمى فى العقد تجب متعة
واحدة لهما بدل نصف المهر وان كانت الفرقة بعد الدخول يجب لكل واحدة منهما المهر كاملا
وكل ماذكر من الاحكام بين الاختين فهو الحكم بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم وقوله
(وبين) عطف على قوله بين الاختين أى ويحرم الجمع أيضا بين (امرأتين أية) أى أية
امرأة منهما (فرضت ذكرا حرم النكاح) بينهما كالمرأة وعمتها فان كل واحدة منهما لو فرضت
ذكرا حرم العقد بينهما لانه لو فرضت المرأة ذكرا حرم عليه نكاح عمته ولو فرضت العمة
ذكرا حرم عليه نكاح بنت أخيه واذا لم يحرم النكاح بينهما الا من جهة واحدة جاز الجمع بينهما
كما اذا جمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لان احداهما لو كان رجلا وهى الزوجة
جاز له أن يتزوج بالاخرى فلم يعم التحريم وقال زفر لا يجوز كما فى الصورة الاولى وهو مذهب
ابن أبى ليلى والحسن البصرى وعكرمة وعند داود وعثمان البتى والخوارج يجوز الجمع بين
المحارم غير الاختين (والزنا) مبتدأ وهو الوطء فى قبل خال عن ملك وشبهته (والمس) عطف
عليه أى من الرجل أو المرأة عمدا أو خطأ أو مكرها أو ناسيا (والنظر) الى الفرج الداخل
وقال أبو يوسف الى منابت الشعر وقال محمد الى الشق (بشهوة) عند المس أو النظر (يوجب
حرمة المصاهرة) خبره ولو وجدا بغير شهوة ثم اشتهى بعد الترك لا تتعلق به الحرمة وحدها
أن تنتشر آلته أو تزداد انتشارا ان كانت منتشرة حتى قيل ان من انتشرت آلته فطلب
امرأته وأولجها بين فخذى ابنتها لا تحرم عليه أمها مالم تزدد انتشارا ووجودها من أحدهما

يكفى والشرط أن لا ينزل حتى لو أنزل عند المس أو النظر لم يثبت به حرمة المصاهرة وكذا الوطئ فى دبر المرأة لا يثبت وفى الشيخ الكبير والمجبوب والعنين يعتبر تحرك القلب والنظر من وراء الزجاج يوجب حرمة المصاهرة بخلاف المرآة وكذا لو وقفت على الشط فنظر الى الماء فرأى فرجها الا يوجب ولو كانت هى فى الماء فرأى فرجها يوجب ويشترط أن تكون المرأة مشتهاة بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس وما دونها غير مشتهاة من غير تفصيل وبنت ثمان أو سبع أو ست ان كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة والا فلا وعند الشافعى لا تثبت المصاهرة بالزنا لانها نعمة والزنا لا يكون سببا لها ولا بالمس والنظر لانه لا أثر له فى الجزئية ولنا اطلاق قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وقوله عليه الصلاة والسلام من مس امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها وهو مذهب عمر وعمران بن الحصين وجابر ابن عبد الله وأبى بن كعب وعائشة وابن مسعود وابن عباس وجمهور التابعين (وحرم تزوج أخت معتدته) وقال الشافعى ومالك وابن أبى ليلى يجوز أن يتزوج تلك اذا كانت العدة عن طلاق بائن وعلى هذا الخلاف سائر محارمها وأربع سواها الارتفاع النكاح بينهما ولنا أن نكاح الاولى باق حكما لبقاء حكمه كالنفقة والتزوج بزوج آخر ولو أعتق أم ولده لا يجوز له أن يتزوج أختها حتى تنقضى عدتها عند أبى حنيفة خلافا لهما ويجوز لزوج المرتدة أن يتزوج أختها بعد لحاقها بدار الحرب قبل انقضاء عدتها وان عادت مسلمة لا يضر نكاح الاخت وعند أبى يوسف تعود العدة وفى بطلان نكاح أختها له روايتان (و) حرم أيضا تزوج (أمته و) حرم أيضا تزوج (سيدته) للاجماع على بطلان ذلك (و) حرم أيضا تزوج (المجوسية) خلافا لداود وأبى ثور (و) كذا تزوج (الوثنية) لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن (وحل تزوج الكتابية) لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وعن ابن عمر رضى الله عنهما انه لا يحل لانها مشركة لانهم يعبدون المسيح وعزيرا ثم كل من يعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كصحف ابراهيم وشيث وزبور داود عليهم السلام فهم من أهل الكتاب فيجوز مناكحتهم وأكل ذبائحهم خلافا للشافعى فيما عدا اليهود والنصارى (و) كذا حل تزوج (الصابئية) عند أبى حنيفة خلافا لهما وهذا مبنى على أنهم عبدة الاوثان عندهما لانهم يعبدون النجوم وعنده ليس كذلك وانما هم يعظمون النجوم كتعظيم المسلم الكعبة فان كان كما فسره يجوز بالاجماع وان كان كما فسراه لا يجوز بالاجماع (و) كذا يحل تزوج (المحرمة ولو) كان الزوج أيضا (محرما) أو الولى المزوج محرما وقال الشافعى لا يجوز لقوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح وفى رواية لا يخطب رواه مسلم ولنا حديث ابن عباس أنه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم رواه مسلم وغيره وحديثه ضعيف قاله البخارى ولئن صح فهو محمول على الوطء لانه الحقيقة أى لا يطأ المحرم ولا تمكن المحرمة من الوطء والتذكير باعتبار الشخص فان قلت روى يزيد بن الاصم أنه تزوج بها وهو حلال قلت روايته لا تعارض رواية ابن عباس ولهذا قال عمرو بن دينار للزهرى وما يدرى ابن الاصم اعرابى بوال على ساقه أتجعله مثل ابن عباس رضى الله عنهما أو يحمل على أنه أراد بالتزوج البناء بها مجازا لانه سببه فجاز اطلاقه على البناء (و) كذا حل تزوج (الامة ولو) كانت (كتابية) وقال الشافعى ليس

للحر أن يتزوج أمة كتابية ويجوز بالمسلمة بشرط عدم القدرة على الحرة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم أباح نكاح الاماء بشرطين عدم الطول وأن تكون مؤمنة ولنا قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وهو عام يدخل تحته الاماء والحرائر وما تلاه يوجب الحكم عند وجود الوصف المذكور عند وجود الشرط ولا يتعرض للنفي ولا للاثبات عند عدمه وتحقيقه فى الاصول (و) كذا حل تزوج (الحرة على الامة لا) يجوز (عكسه) وهو تزوج الامة على الحرة لقوله عليه السلام لا تنكح الأمة على الحرة وقال الشافعي يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز ذلك برضا الحرة والحجة عليهما ما روينا (ولو) كان العكس (فى عدة الحرة) وهو واصل بما قبله أى لا يجوز تزوج الامة على الحرة وان كان فى عدة الحرة عند أبى حنيفة وقالا يجوز ان كانت العدة من طلاق بائن لان الحرام ادخال الامة على الحرة وهذه مبانة وبه قالت الثلاثة وله ان النكاح باق من وجه كنكاح الاخت فى عدة الاخت (وأربع) بالجر عطف على قوله تزوج الكتابية أى وحل أيضا تزوج أربع (من الحرائر) جمع حرة (والاماء) جمع أمة لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع وقال الشافعي لا يجوز من الاماء الا واحدة لان جوازه ضرورى وقد اندفعت بواحدة والحجة عليه ما تلونا وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا يجوز التزوج أكثر من أربع وعليه اجماع الامة وقال القاسم بن ابراهيم يجوز التزوج بالتسع ومثله عن النخعى وابن أبى ليلى لان الواو للجمع وقال بعض الشيعة والخوارج يجوز ثمانى عشرة امرأة لان الصيغة تفيد التكرار لاجل العدل وأقله مرتان فيكون ثمانى عشرة وعن بعضهم له أن يتزوج ما شاء من غير تعيين لان الصيغة تفيد التكرار من غير حصر وهذا كله خرق للاجماع فلا يسمع والواو بمعنى أو والصيغة تفيد تكرار الناكح لان الخطاب للجميع (وثنتين) عطف على قوله وأربع أى وحل تزوج امرأتين (للعبد) ولا يجوز له أكثر من ذلك لان الرق منصف للنعمة وهو قول عمر وعلى وعبد الرحمن بن عوف وجمهور التابعين وقال مالك يجوز له الاربع للعمومات (و) حل أيضا تزوج (حبلى من زنا) عندهما ولكن لا يطؤها حتى تضع وقال أبو يوسف لا يجوز لانها مشغولة بالولد وبه قال زفر ومالك وأحمد ولهما ان الفراش غير ثابت لعدم حرمتها ولو كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بلا خلاف وعند الشافعي يجوز التزوج والوطء جميعا (لا) يجوز تزوج حبلى (من غيره) أى من غير الزنا وهو أن تكون حبلى من ثابت النسب وعن أبى حنيفة ان كان الحمل من حربى كالمهاجرة والمسبية يجوز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها واعتمدها الطحاوى والكرخى ومنعها محمد والاول أصح (والموطوأة) بالجر عطف على قوله تزوج الكتابية أى وحل أيضا تزوج الموطوأة (بملك) بأن تزوج من وطئها المولى بملك يمين ويدخل تحته أم الولد ما لم تكن حبلى لان فراشها ضعيف ويستحب للمولى أن يستبرئها صيانة لمائه فاذا جاز النكاح حل له أن يطأها وقال محمد لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها (أو) الموطوأة بوطء (زنا) بأن رأى امرأة تزنى فتزوجها جاز وله أن يطأها خلافا لمحمد وهذا صريح بأن نكاح الزانية يجوز وكذا نكاح الزانى وهو قول أبى بكر وعمر وابنه وابن عباس رضى الله عنهم وروى عن عائشة وابن مسعود منعه لظاهر قوله تعالى الزانية لا ينكحها الا زان

الآية وعند الجمهور الآية منسوخة بقوله وانكحوا الايامى وبقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم وقيل المراد بالنكاح الوطء كان المعنى والله أعلم الزانية لا ينكحها الا زان فى حالة الزنا (و) حل أيضا تزوج المرأة (المضمومة الى) امرأة (محرمة) بأن تزوج امرأتين احداهما لا تحل له صح نكاح من تحل وبطل نكاح الاخرى لان المبطل فى احداهما فيتقدر بقدره بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة (والمسمى) من المهر كله (لها) أى للمضمومة التى جاز نكاحها عند أبى حنيفة لان المحرمة لا تزاحمها وقالا يقسم على مهر مثلهما فما أصاب المضمومة لزمه وما أصاب المحرمة لا يلزمه لان المسمى مقابل بهما فيكون منقسما عليهما ولو دخل بالمحرمة يلزمه مهر مثلها نص عليه فى الزيادات ولا يلزمه الحد بوطئها مع العلم بالحرمة عنده (وبطل نكاح المتعة) وهو أن يقول أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال أو يقول متعينى نفسك بكذا من الدراهم مدة كذا فتقول متعتك نفسى ولا بد من لفظ التمتع فيه وقال مالك هو جائز لانه كان مشروعا واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبعه على ذلك أكثر أصحابه من أهل اليمن ومكة وكان يستدل على ذلك بقوله فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن واليه ذهبت الشيعة وخالفوا عليا رضى الله عنه وأكثر أصحابه والحجة عليهم ما روى أنه عليه السلام حرمها يوم خيبر من رواية على بن أبى طالب رضى الله عنه متفق عليه وروى أنه عليه السلام حرمها يوم الفتح رواه مسلم فثبت نسخه وروى عن ابن عباس انه أمسك عن الفتوى بها وقال له على انك تائه ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء رواه مسلم والمراد فى الآية الاستمتاع منهن بالنكاح والمهر يسمى أجرة قال الله تعالى فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن (و) بطل أيضا نكاح (المؤقت) بأن تزوج امرأة الى مدة معلومة طويلة أو قصيرة وقال زفر يصح النكاح ويلزم ويبطل اشتراط المدة لانه أتى بالنكاح والشرط والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا أن مقاصد النكاح لا تحصل بالوقت فكان من شرطه التأبيد ولانه متعة معنى والعبرة للمعانى وعن أبى حنيفة ان ذكر مدة لا يعيش مثلهما اليها صح النكاح لانه فى معنى المؤبد ولو تزوجها مطلقا وفى نيته أن يقعد معها مدة نواها فالنكاح صحيح ولا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يقعد معها نهارا دون الليل (وله) أى للرجل (وطء امرأة ادعت) هى (عليه) أى على الرجل (انه تزوجها وقضى بنكاحها) أى قضى القاضى بالنكاح بينهما (ببينة) قامت (و) الحال أن الرجل (لم يكن تزوجها) قط فى الواقع وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يسعه أن يطأها لان القاضى أخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر أنهم عبيد أو كفار وبه قال الشافعى وله انه قضى بما فى وسعه فوجب القول بنفاذه والشرط أن تكون المرأة محلا للانشاء حتى لو كانت ذات زوج أو فى عدة غيره أو مطلقة منه ثلاثا لا ينفذ قضاؤه وعلى هذا الخلاف لو أقامت المرأة البينة ان زوجها طلقها ثلاثا ولم يكن طلقها فقضى القاضى بذلك نفذ قضاؤه ووقعت الفرقة بينهما وحل لها أن تتزوج بغيره ولا يحل للاول أن يطأها بعد القضاء بالفرقة وعند أبى يوسف لا تحل للاول ولا للثانى وعند محمد تحل للاول ما لم يدخل بها الثانى فاذا دخل بها فقد حرمت عليه وأما الثانى فلا تحل له أبدا وعند الشافعى يأتيها الاول سرا والثانى علانية وقد جعل لها زوجين وهو من أقبح الوجوه ولا خلاف بينهم فى الاملاك

المرسلة.

المرسلة أن قضاءه لا ينفذ وهو أن يدعى الملك المطلق ولم يذكر له سببا بأن قال هذا ملكى وأقام البينة عليه وقضى به القاضى لان فى الاسباب كثرة وليس بعضها أولى من بعض حتى لو ذكر سببا معينا كان على الخلاف ان كان سببا يمكن انشائه من جهة القاضى انشاء مثل البيع والاجارة وأما اذا كان لا يمكن كالارث لا ينفذ قضاؤه اتفاقا وفى الهبة والصدقة روايتان وفى دعوى العتق والنسب ينفذ قضاؤه باطنا والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاولياء)

وهو جمع ولى (والاكفاء) وهو جمع كفء وكفء الشئ نظيره (نفذ نكاح) امرأة (حرة مكلفة) أى عاقلة بالغة مسلمة سواء كانت بكرا أو ثيبا (بلا ولى) وهو العصبة بان زوجت هى نفسها هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى ظاهر الرواية وكان أبو يوسف يقول أولا انه لا ينعقد الا بولى اذا كان لها ولى ثم رجع وقال ان كان الزوج كفأ لها جاز والا فلا ثم رجع وقال جاز سواء كان الزوج كفأ لها أو لم يكن وعند محمد ينعقد موقوفا على اجازة الولى سواء كان الزوج كفأ أو لم يكن ويروى رجوعه الى قولهما وقال الشافعى ومالك وأحمد لا ينعقد بعبارة النساء أصلا لقوله عليه السلام لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ولنا قوله عليه السلام الايم أحق بنفسها من وليها متفق على صحته وما رووه لم يصح وكذا كل ما روى فى هذا الباب ولهذا قال البخارى وابن معين لم يصح فى هذا الباب حديث يعنى فى اشتراط الولى (ولا تجبر بكر بالغة على النكاح) وقال الشافعى ومالك للاب والجد ولاية الاجبار لجهلها بأمر النكاح فأشبهت الصغيرة ولنا قوله عليه السلام البكر يستأذنها أبوها رواه مسلم (وان استأذنها) أى البكر البالغة (الولى فسكتت أو ضحكت أو زوجها) الولى (فبلغها الخبر) أى خبر النكاح (فسكتت فهو) أى سكوتها فى الموضعين وضحكها (اذن) منها لقوله عليه السلام لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا وكيف اذنها يا رسول الله قال تسكت رواه مسلم والضحك رضا دلالة فانه علامة السرور والفرح بما سمعت وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا بخلاف ما اذا بكت فانه دليل السخط والكراهية وقيل اذا بكت بلا صوت لم يكن ردا بل حزن على مفارقة أهلها وعليه الفتوى وذكر المرغينانى أن دمعها ان كان باردا يكون رضا وان كان حارا لا يكون رضا ويعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج على وجه يقع لها به المعرفة لتظهر رغبتها فيه عن رغبتها عنه حتى لو قال لها أريد ان أزوجك من رجل فسكتت لا يكون رضا ولو قال لها أزوجك من فلان أو فلان وذكر جماعة فسكتت فهو رضا يزوجها الولى من أيهم شاء وان قال من جيرانى أو من بنى عمى ان كانوا جماعة يحصون فهو رضا والا فلا ولا يشترط ذكر المهر فى الصحيح ثم انه سوى بين الاستئذان وبين بلوغ الخبر بالتزويج لان وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف بين ان يكون قبل العقد أو بعده وقال محمد بن مقاتل اذا بلغها بعد عقد النكاح فسكتت لا يكون اجازة منها وعن أبى يوسف أن سكوتها بعد العقد يكون ردا ذكره فى البدائع وقال وهو قول محمد ولو زوجها الولى بحضرتها فسكتت اختلف المشايخ فيه والاصح أنه رضا ان زوجها وليان متساويان كل واحد منهما من رجل فاجازتهما معا بطلا لعدم الاولوية وان سكتت بقيا موقوفين حتى تجيز أحدهما وعن محمد انهما بطلا ولو زوجها من غير كفء فسكتت لم يكن رضا فى قول محمد بن سلمة وهو قول أبى

يوسف ومحمد ثم المخبران كان وليا فعلى ماذكرنا ورسول الولي كالولي ولو كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافا لهما (وان استأذنها غير الولي فلا بد من القول) لان سكوتها لقلة الالتفات الى كلامه فلا يدل على الرضا وذكر الكرخي أن سكوتها عند استئمار الاجنبي يكون رضا والاول أصح وقوله (كالثيب) يشير الى أنه لا بد من نطقها واستدل عليه الشيخ بقوله عليه السلام الثيب تشاور وقلت ليس فيه دلالة على اشتراط النطق فان البكر أيضا تشاور وكذا الرضا بالقول لا يشترط في حق الثيب أيضا بل رضاها يتحقق تارة بالقول كقولها رضيت وقبلت ونحوهما وتارة بالدلالة كطلب مهرها أو نفقتها أو تمكينها من الوطء ونحوها فثبت بهذا أنه لا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا وأن رضاهما قد يكون صريحا وقد يكون دلالة غير أن سكوت البكر رضا دلالة لحيائها دون الثيب لان حياءها قل بالممارسة فلا يدل سكوتها على الرضا (ومن زالت بكارتها بوثبة) من موضع (أو حيضة أو جراحة أو تعنيس) وهو اطالة مكثها في منزل أهلها بعد ادراكها (أو) بسبب (زنا) خفي (فهي بكر) حتى يكون أحكامها أحكام البكر في التزويج لانها بكر حقيقة لان مصيبها أول مصيب وقال الشافعي حكم هذه كحكم الثيب في الجميع والثيب تشاور وأما المذكور في الزنا فهو قول أبي حنيفة لان حياءها أكثر فكانت كالبكر وعندهما كالثيب وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد في رواية ولو وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد تكون في حكم الثيب بلا خلاف وانما قيدنا الزنا بالخفاء لانه لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها بلا خلاف وكان ينبغي للشيخ أن يقيده (والقول لها) أي للمرأة (ان اختلفا) أي الرجل والمرأة (في السكوت) بأن قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت بل رددت فالقول قولها وقال زفر القول قوله لانه متمسك بالاصل ولنا أنه يدعي ملك بضعها وهو أمر حادث وهي تنكر حدوثه فكانت هي المتمسكة بالاصل فيكون القول قولها ثم أيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاماها معا فالبينة بينة المرأة وان لم يكن لهما بينة فالقول قولها بلا يمين عند أبي حنيفة وقالا عليها اليمين وسيأتي في كتاب الدعوى (وللولي انكاح الصغير والصغيرة) سواء كانت بكرا أو ثيبا فمدار الاجبار على الصغر عندنا وعند الشافعي على البكارة فتجبر البكر وان كانت بالغة ولا تجبر الثيب وان كانت صغيرة وعند مالك ولاية الاجبار مخصوصة بالاب وحده على الصغيرة وحدها دون الصغير وأما البكر الصغيرة فتجبر اجماعا والثيب الكبيرة لا تجبر اجماعا ومذهبنا منقول عن عمر وعلي والعبادلة وأبي هريرة رضي الله عنهم وكفى بهم حجة وقدوة وحكى الكرخي اجماع الصحابة رضي الله عنهم (والولي) هو (العصبة بترتيب الارث) يعني أولاهم الابن وابن الابن وان سفل ولا يتصور هذا الا في المعتوه والمعتوهة لا في الصغار ثم الاب وأبو الاب وان علا ثم الاخوة الا الاخ من أم ثم الاعمام الا العم من أم ثم أعمام الاب ثم أعمام الجد كذلك ثم مولى العتاقة يستوي فيه الذكر والانثى ثم عصبة المولى ثم ذووا الارحام على ما يذكر عن قريب وذكر الكرخي أن الاخ والجد يشتركان في الولاية عند أبي يوسف ومحمد كالميراث عندهما والاصح أن الجد أولى بالتزويج بالاجماع والاصل فيه ماروي عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا الانكاح الى العصبات وقد أجمع العلماء على العمل به في حق الكبيرة فوجب العمل به في حق الصغيرة لانها أعجز وأمس حاجة (ولهما) أي للصغير والصغيرة (خيار الفسخ بالبلوغ) أي اذا بلغا ان شاآ أقاما على النكاح وان

شاء

شاء فسخا لكن (فى غير الاب والجد) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا خيار
لهما فى الكل لان النكاح عقد لازم وقد صدر من الولى فلا يفسخ ولهما أن الولاية نظرية وفى
غير نظر الاب والجد خلل وقوله (بشرط القضاء) يتعلق بقوله خيار الفسخ يعنى لهما خيار الفسخ
بشرط أن يحكم القاضى بالفسخ لان فى أصله ضعفا فيتوقف عليه كالرجوع فى الهبة بخلاف
خيار المخيرة وخيار العتق (وبطل) خيارها (بسكوتها) عند البلوغ (ان علمت) بالنكاح حال
كونها (بكرا) ولو لم تعلم به لا يبطل لانها لا تتمكن بالتصرف بحكم الخيار الا بعد العلم به والولى
ينفرد بالنكاح فعذرت (لا) يبطل (بسكوته ما لم يرض) يعنى ما لم يقل رضيت (ولو) كان الرضا
(دلالة) مثل الوطء والتقبيل وكذلك الجارية ان دخل بها قبل البلوغ ثم بلغت لا يبطل خيارها
ما لم تقل رضيت أو يوجد منها ما يدل على الرضا كالغلام اعتبارا لهذه الحالة بحالة الابتداء ثم خيار
البلوغ فى حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام فى حق الثيب والغلام وينبغى أن
تختار نفسها مع رؤية الدم وان رأته بالليل تختار بلسانها وتقول فسخت نكاحى وتشهد اذا
أصبحت تقول رأيت الدم الآن ثم الفرقة بخيار البلوغ لا تكون طلاقا لانه يصح من الانثى
ولا طلاق اليها (وتوارثا) اذا مات أحدهما (قبل الفسخ) لانتهاء النكاح بموته سواء مات أحدهما
قبل البلوغ أو بعده ويجب المهر كله وان مات قبل الدخول (ولا ولاية) فى الانكاح (لعبد وصغير
ومجنون وكافر على مسلمة) لانه لا نظر فى رأيهم ولهذا لا تقبل شهادتهم وللكافر الولاية على
الكافرة ولا ولاية لمسلم على كافرة الا أن يكون سيد أمة كافرة أو سلطانا (وان لم يكن عصبة)
للانكاح وكان ههنا تامة يعنى وان لم يوجد (فالولاية) حينئذ (للأم ثم للاخت لاب وأم ثم لاب)
بخلاف الحضانة فان فيها الاخت لأم أولى من الاخت لاب (ثم لولد الام) ذكورهم واناثهم سواء
ثم لاولادهم (ثم لذوى الارحام) مثل العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم الاقرب
فالاقرب كما فى ترتيب ذوى الارحام فى الارث فأولاهم الفروع ثم الاصول ثم فروع الاب ثم فروع
الجد ثم مولى الموالاة (ثم) بعد هؤلاء تكون الولاية (للحاكم) وهو القاضى ومن نصبه القاضى
اذا شرط له الامام فى منشوره وهذا كله عند أبى حنيفة وقال محمد ليس لغير العصبة ولاية لما روينا
وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى اكثر الروايات وذكره الكرخى مع
محمد والاول أصح وقال محمد اذا عدمت العصبة يكون للامام أو لنائبه وهو القاضى وبه قالت
الثلاثة وله انهم ورثته بالقرابة فكانوا كالعصبات وليس للوصى أن يزوج الايتام الا أن يفوض
اليه الموصى بذلك (وللابعد) أى للولى الابعد (التزويج بغيبة) الولى (الاقرب) قدر (مسافة
القصر) وهى ثلاثة أيام وقال زفر لا يزوجها أحد لقيام ولاية الاقرب وقال الشافعى يزوجها
الحاكم هكذا نصب الشارح الخلاف وقال صاحب المجمع ونقدمه أى الابعد على القاضى وقال
الشافعى فى أظهر القولين يقدم القاضى وبه قال زفر ولنا أن للابعد ولاية لوجود القرابة الداعية
الى الشفقة وولاية الاقرب زالت بالغيبة ثم انه اعتبر مسافة القصر وهو اختيار أكثر المتأخرين
قال الشيخ وعليه الفتوى واختار صاحب الهداية التقدير بفوات الكفء باستطلاع رأيه
واختار القدورى أن يكون فى بلد لا تصل اليه القافلة فى السنة الا مرة واحدة وفى الواقعات
واختار أكثر المشايخ الشهر وهو مروى عن أبى يوسف ومحمد وعن محمد من الكوفة الى الرى

وهو خمسة وعشرون مرحلة وفي رواية من الري الى بغداد وهو عشرون مرحلة وفي الروضة هو قول أبي حنيفة ذكره الطحاوي (ولا يبطل بعوده) أي بعود الولي الاقرب (وولي) المرأة (المجنونة الابن لا الاب) عندهما وقال محمد أبوها وليها لانه أشفق منه ولهما أن الابن مقدم بالعصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا فرق بين الجنون الطارئ والاصلي لوجود العجز وقال زفر لا يزوجها أحد في الطارئ وعن أبي يوسف أنهما وليان فأيهما زوج صح وعند حضورهما يقدم الاب احتراما له ولو كان مكان الاب جد مع الابن فعلى الخلاف المذكور

*هذا (فصل) في بيان أحكام الاكفاء (من نكحت غير كفء فرق الولي) بينهما ان شاء لانه يتضرر به لان الناس يتعايرون بعدم الكفاءة ويبقى أحكامه من ارث وطلاق الى أن يفرق القاضي بينهما والفرقة به لا تكون طلاقا ثم ان كان دخل بها فلها المهر والا فلا وقال مالك ليس له ذلك ولا كفاءة أصلا فلا يعتبر الا في الدين لقوله عليه السلام الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي الا بالتقوى وقال تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم قلنا المراد به في حكم الآخرة وكلامنا في الدنيا (ورضا البعض) أي بعض الاولياء (كالكل) أي كرضا كلهم حتى لا يتعرض أحد منهم بعد ذلك وقال أبو يوسف اذا رضي بعضهم لا يسقط حق من هو مثله كالدين المشترك ولهما أنه حق واحد فلا يتجزأ كالامان (وقبض المهر) أي قبض الولي مهرها (ونحوه) بالرفع عطفا على القبض أي ونحو قبض المهر كقبول الهدية من الزوج ويجوز الجر عطفا على المهر نحو التجهيز (رضا) لانه تقرير لحكم العقد (لا السكوت) اي لا يكون سكوت الولي رضا لانه محتمل الا اذا سكت الى أن تلد فيكون رضا دلالة (والكفاءة تعتبر نسبا) لان الناس يتفاخرون بالانساب وقال مالك لا تعتبر الا في الدين كما ذكرنا وعنه لا كفاءة أصلا وعنه تعتبر في الدين والحرية والسلامة عن العيوب وعند الشافعي وأحمد هي معتبرة في الاسلام فقط وعن أحمد في النسب أيضا وفي وجه للشافعية تعتبر في المال والسلامة عن العيوب ثم فرع على ذلك بالفاء بقوله (فقريش أكفاء) أي بعضهم لبعض ولا يعتبر التفاضل بينهم وعن محمد الا ان يكون نسيبا مشهورا كأهل بيت الخلافة كأنه قال تعظيما للخلافة (والعرب) غير قريش (أكفاء) بعضهم لبعض فان قلت قريش أيضا عرب فكيف عطفه عليه وأفرد قريشا بالذكر قلت لفضيلة قريش أفرده بالذكر فكأنه جنس آخر الا أن سائر العرب ليسوا بأكفاء لقريش وفي المبسوط أفضل الناس نسبا بنو هاشم ثم قريش ثم العرب لما روي عنه عليه السلام ان الله اختار من الناس العرب ومن العرب قريشا واختار منهم بني هاشم واختارني من بني هاشم وبنو باهلة ليسوا بكفء لجميع العرب لانهم معروفون بالخساسة والدناءة لانهم يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ويأكلون نقي عظام الميتة (وحرية) بالنصب عطف على قوله نسبا أي تعتبر الكفاءة أيضا من حيث الحرية (واسلاما) أي ومن حيث الاسلام وهذا في حق العجم لانهم يفتخرون بهما دون النسب (وأبوان فيهما) أي في الحرية والاسلام (كالآباء) أراد أن من له أبوان في الحرية والاسلام يكون كفئا لمن كان له آباء فيهما لان أصل النسب في التعريف الى الاب وتمامه الجد فلا يشترط أكثر من ذلك وعن أبي يوسف انه جعل الاب الواحد كالابوين (وديانة) بالنصب أيضا عطف على نسبا أي تعتبر الكفاءة أيضا من حيث الديانة أي الدين والتقوى عندهما لانه من أعلى المفاخر وقال

محمد لا تعتبر لانه من أمور الآخرة فلا يبنى عليه أحكام الدنيا الا اذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج سكران وتلعب به الصبيان وعن أبي يوسف ان كان معلنا بالفسق فغير كفء وان كان مستترا فهو كفء وهو قريب من قول محمد رحمه الله (ومالا) أى تعتبر من حيث المال أيضا لانه يقع به التفاخر وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة والمراد بالمهر المعجل وبالنفقة أن يكتسب كل يوم قدر النفقة وقدر ما يحتاج اليه من الكسوة ولا يعتبر أن يكون مساويا لها فى الغنى وهو الصحيح وعن أبي حنيفة ومحمد فى غير رواية الاصول أن من ملكهما لا يكون كفأ للفائقة وليس بشئ وقيل ان كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كفأ وان لم يملك الا النفقة ومن ثم قيل الفقيه العجمى يكون كفأ للعربى الجاهل وقيل فى النفقة تعتبر نفقة ستة أشهر وقيل نفقة شهر وفى الذخيرة اذا كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه يكون كفأ وان لم يجد نفقتها لا يكون كفأ وان كانت فقيرة (وحرفة) أى تعتبر أيضا من حيث الحرفة وهى الصنائع لان الناس يفتخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وعن أبي حنيفة انه لا يعتبر أصلا لانه يمكنه التحول منها وعن أبي يوسف مثله الا أن يفحش كالحائك والحجام والدباغ (ولو نقصت) المرأة (عن مهر مثلها) حين تزوجت (للولى) أى لوليها (أن يفرق) بينهما ان شاء (أو يتم) الزوج (مهرها) أى مهر مثلها واذا فارقها قبل الدخول فلا مهر لها وبعده لها المسمى وكذا اذا مات أحدهما قبل التفريق وقال أبو يوسف ومحمد ليس له ذلك لان المهر حقها لا حقه ولابى حنيفة أن الاولياء يتفاخرون بغلاء المهر ويتعيرون بقلته فصار بمنزلة عدم الكفاءة بل أولى فان قلت لا فائدة فى هذا الاتمام لانها تسقطه قلت فائدته اقامة حق الولى كما اذا كان المسمى أقل من عشرة دراهم يتم لها عشرة اقامة لحق الله تعالى (ولو زوج) الرجل (طفله) أى ولده الصغير (غير كفء) بأن زوج ابنه أمة أو زوج ابنته عبدا (أو زوجه (بغبن فاحش) بأن زوج بنته ونقص من مهرها أو زوج ابنه وزاد على مهر امرأته (صح) عند أبي حنيفة لانه كامل الرأى يختار لولده المنفعة وكذلك الجد حتى لو فعلا ذلك مجانة أو فسقا لا يجوز وقالا لا يجوز لنقص حقهما فى باب الاموال وبه قالت الثلاثة ثم قيل لا يجوز العقد عندهما أصلا وقيل يجوز ويبطل الحط والزيادة ولو كان بالغبن اليسير يجوز اجماعا والغبن الفاحش ما اذا زوج ابنته الصغيرة بعشرة دراهم ومهر مثلها ألف أو زوج ابنه الصغير بألف درهم ومهر مثلها عشرة دراهم (ولم يجز ذلك) أى تزويج الطفل الصغير غير كفء أو بغبن فاحش (لغير الاب والجد) من الاولياء دفعا للضرر عنه وهذا بلا خلاف

هذا (فصل) فى بيان الوكالة بالنكاح وغيرها * (لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه) وقال الشافعى وزفر لا يجوز لان الواحد لا يكون مملكا ومتملكا ولنا أنه معبر وسفير فصلح سفيرا من الجانبين وصورته أن يقول اشهدوا أنى تزوجت فلانة أو ازوجتها منى ولا يحتاج الى القبول لانه قد تضمن معنى الشطرين (وللوكيل أن يزوج موكلته من نفسه) لما قلنا خلافا للشافعى وزفر وصورته أن يقول اشهدوا أنى زوجت فلانة من نفسى (ونكاح العبد والامة بلا اذن السيد موقوف) فان أجازه السيد نفذ والا بطل وكذا نكاح المكاتب والمدبر وأم الولد وقال الليث يصح نكاح العبد بغير اذن المولى وقال صاحب المجمع لا يجوز نكاح العبد والامة واستدل عليه فى شرحه بقوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه أبو داود والترمذى

وعبارة الشيخ أحسن لان عدم جواز عقد هؤلاء لحق المولى فاذا رضى فقد جاز والكاف فى قوله (كنكاح الفضولى) فى محل نصب على أنه صفة لمصدر محذوف تقديره موقوف وقفا كوقف نكاح الفضولى فانه اذا زوج رجلا بغير اذنه أو امرأة بغير اذنها ينعقد موقوفا فان أجازه جاز والا بطل وهو قول مالك وأهل المدينة والحسن وسعيد بن المسيب والنخعى غير أن مالكا جعل الفرقة طلاقا وهذا يدل على نفوذه من غير لزوم وقال الشافعى هو باطل لعدم الولاية وبه قال أحمد فى رواية ولنا أن ذلك عقد بركنه صدر من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه فيتم صونا لكلام المتعاقدين ويتوقف حكمه دفعا للضرر عنه وبه قال أحمد فى رواية (ولا يتوقف شطر العقد) أى نصفه (على قبول ناكح غائب) عندهما بأن يقول اشهدوا أنى زوجت فلانة من فلان وهما غائبان بغير أمرهما فهذا لا ينعقد الا أن يقبل أحد فى المجلس لانه شطر العقد وهو لا يتوقف وراء المجلس وقال أبو يوسف ينعقد موقوفا على اجازتهما لان الواحد يصلح عاقدا من الجانبين والاصل فيه أن الواحد يصلح وكيلا من الجانبين ووليا من الجانبين أو أصيلا من جانب ووليا من جانب أو وكيلا من جانب أصيلا من جانب أو وليا من جانب وكيلا من جانب باتفاق أصحابنا الثلاثة ولو كان فضوليا من الجانبين أو من أحدهما لم يتوقف عندهما وعنده يتوقف وعند زفر لا يجوز النكاح بعبارة الواحد أصلا وكذا عند الشافعى الا اذا كان فيه ضرورة مثل الجد فانه يزوج ابن ابنه من بنت ابنه لانه لا يوجد أحد فى درجته حتى يزوجها بخلاف ابن العم اذا أراد أن يزوج بنت عمه من نفسه حيث لا يجوز لانه لا ضرورة اليه لانه يمكن أن يزوجها ابن عمها غيره فى درجته وكذا الوكيل لا حاجة اليه (والمأمور بنكاح امرأة) بان أمر رجل رجلا أن يزوجه امرأة واحدة (مخالف) لامره (بامرأتين) أى بتزويجه اياه امرأتين ولا يلزمه واحدة منهما لانه فضولى فيهما لمخالفته أمره وكان أبو يوسف يقول أولا يصح نكاح احداهما بغير عينها والبيان الى الزوج فعلى هذا ان مات الزوج قبل أن يختار احداهما كان الميراث ومهر احداهما بينهما وتلزمهما عدة الوفاة (لا) يكون مخالفا بتزويجه اياه (بأمة) غيره عملا بالاطلاق ولو زوجه أمة نفسه لا يجوز ولا فرق بين الآمر أن يكون أميرا أو غيره وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز الا أن يزوجه كفأ وعلى هذا الخلاف اذا زوجه عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة ولو زوجه ابنته الكبيرة لا يجوز عند أبى حنيفة خلافا لهما ولو زوجه أخته الكبيرة جاز بالاتفاق لعدم التهمة وفى المنتقى وكل رجل رجلا بان يزوجه امرأة فزوجه بنته الصغيرة أو بنت أخيه الصغيرة وهو وليها لم يجز وكذا لو وكل رجل امرأة أن تزوجه امرأة فزوجته نفسها لم يجز وكذا اذا أمرت امرأة رجلا أن يزوجها فزوجها من نفسه لم يجز وكذا اذا زوجها غير كفء بالاجماع على الصحيح وفى الخلاصة أمره أن يزوجه امرأة فزوجه صبية جاز قيل هذا قول أبى حنيفة أما عندهما فلا يجوز اذا كانت لا يجامع مثلها كما لو زوجه رتقاء أو قرناء وقيل هذا قول الكل ولو أمره أن يزوجه سوداء فزوجه بيضاء أو على العكس لا يجوز فلو أمره أن يزوجه عمياء فزوجه بصيرة يجوز وفى المنتقى أمره أن أن يزوجه أمة فزوجه حرة لا يجوز وان كانت مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد جاز ولو أمره أن يزوجه نكاحا فاسدا فزوجه نكاحا صحيحا لا يجوز بخلاف الوكيل بالبيع الفاسد اذا باع بيعا صحيحا جاز

هذا (باب) فى بيان أحكام (المهر)

وهو حكم النكاح لانه يوجبه (صح النكاح بلا ذكره) أى بلا ذكر المهر لان النكاح عقد ازدواج فيتم بالزوجين وأما المهر فواجب شرعا فلم يتوقف على التسمية وكذا يصح مع نفيه خلافا لمالك فيه وقال بعض الشافعية ان تزوجها بلا مهر فى الحال ولا فى الثانى لا يصح النكاح (وأقله) أى أقل المهر (عشرة دراهم) سواء كانت مضروبة أو غيرها حتى يجوز وزن عشرة تبرا وان كانت قيمته أقل بخلاف نصاب السرقة وقال مالك مقدر بربع دينار أو ثلاثة دراهم وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم وقال ابراهيم النخعى أقله أربعون درهما وعنه عشرون درهما وقال سعيد بن جبير أقله خمسون درهما وكل واحد منهم قدره بنصاب السرقة عنده وقال الشافعى وأحمد ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون مهرا لحديث جابر انه عليه السلام قال من أعطى فى صداق امرأة ملء كفيه سويقا أو تمرا فقد استحل رواه أبو داود ولما روى أن امرأة تزوجت بنعلين فاجازه عليه السلام رواه الترمذى ولما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه لما جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فأخبره أنه تزوج فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال له عليه السلام أولم ولو بشاة رواه الجماعة ولنا ما روى فى حديث جابر لا مهر أقل من عشرة دراهم رواه الدارقطنى وفيه مبشر بن عبيد وحجاج بن ارطاة وهما ضعيفان لكن البيهقى رواه من طرق وضعفها فى سننه الكبير والسهيلى رواه من طرق والضعيف اذا روى من طرق يصير حسنا فيحتج به ذكره النووى فى شرح المهذب وعن على رضى الله عنه انه قال أقل ما تستحل به المرأة عشرة دراهم ذكره البيهقى وأبو عمر بن عبد البر وحديث أبى داود كان فى المتعة وهو منسوخ وحديث الترمذى محمول على المعجل لان عادتهم كانت بتعجيل بعض الصداق قبل الدخول والنواة فى حديث الجماعة خمسة دراهم عند الاكثر وعند أحمد ثلاثة دراهم وهو يزيد على دينارين فكيف يحتج به على جواز الفلس وقيل النواة نواة التمر على انه على هذا التقدير محمول على تعجيل بعض الصداق كما ذكرنا (فان سماها) أى العشرة (أو) سمى (دونها) أى دون العشرة (فلها) أى فللمرأة (عشرة) دراهم (بالوطء أو الموت) أى موت أحدهما أما فى الاول فلانه سمى ما يصلح مهرا فيتأكد بالدخول وينتهى النكاح بالموت وأما فى الثانى فلان العشرة فى كونها مهرا لا تتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كالطلاق وقال زفر لها مهر المثل لانه سمى ما لا يصلح مهرا فصار كأن لم يسم وعند الثلاثة يجب ما سمى وان لم يذكر الخلوة مع انها كالوطء عندنا لانه ذكره فيما بعد (وبالطلاق قبل الدخول تتنصف) العشرة فيجب خمسة دراهم وكذلك يتنصف كل ما سمى مهرا مما فوق العشرة لقوله تعالى فنصف ما فرضتم وقال زفر تجب المتعة اذا سمى أقل من عشرة وفى العشرة يجب النصف بلا خلاف ولم يذكر الخلوة أيضا لما ذكرنا (وان لم يسمه) أى المهر (أو نفاه) بأن قال لا مهر بيننا (فلها) أى فللمرأة (مهر مثلها) من النساء (ان وطئ) المرأة (أو مات) الزوج (عنها) أى عن المرأة بلا دخول وكذا اذا ماتت هى وقال الشافعى لا يجب بنفس العقد شئ وانما يجب بالدخول وبالموت عند بعضهم ولنا ما روى علقمة عن ابن مسعود انه سئل عن رجل تزوج امرأة ثم مات عنها ولم يفرض لها صداقا ولم يكن دخل بها فقال

أرى لها مثل صداق نسائها ولها الميراث وعليها العدة فقام أبو الجراح معقل بن سنان الاشجعي فشهد أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في تزويج بروع بنت واشق الاشجعية بمثل ما قضيت رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح فان قلت فقد روى في بعض الروايات فقام معقل ابن يسار واختلاف الرواية يوجب وهنا في الحديث وأيضا فقد ردّه علي رضي الله عنه وقال ما نصنع بقول أعرابي بوّال على عقبيه قلت قال البيهقي جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح وأما معقل فهما اثنان معقل بن سنان ومعقل بن يسار والاختلاف في اسم أبي الراوي اذا كان الراوي مشهورا لا يقدح في روايته وأما ما نقل عن علي رضي الله عنه فقد قال المنذري لم يصح هذا عن علي رضي الله عنه قلت ولئن ثبت هذا عن علي رضي الله عنه فمذهبه انه لا يقبل ما ورد في هذا الباب برواية اعرابي ويحلف غير الاعرابي وهذا مذهب متروك بالاجماع (والمتعة) بالرفع عطف على قوله فلها مهر مثلها أي ولها المتعة (ان طلقها قبل الوطء) وقبل الخلوة أيضا ولم يذكره لما ذكرنا وهذه المتعة واجبة عندنا وقال مالك والليث وابن أبي ليلى مستحبة لقوله تعالى حقا على المحسنين ولنا قوله تعالى فمتعوهن والامر للوجوب (وهي) أي المتعة ثلاثة أشياء (درع) أي قميص (وخمار) وهو ما يخمر به الرأس أي يغطى (وملحفة) بكسر الميم وهي ما تلتحف به من قرنها الى قدمها وهو مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم ويعتبر فيها حالها وهو قول الكرخي وقيل حاله وقال صاحب الهداية هو الصحيح وقيل يعتبر بحالهما حكاه صاحب البدائع وعند الثلاثة هي ما يقدره الحاكم وعن أحمد أدنى ما تجوز فيه الصلاة ثم هي لا تزاد على نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم ولا تجب الا اذا حصلت الفرقة من جهته كالطلاق والفرقة بالايلاء واللعان والجب والعنة وردّته واباته عن الاسلام وتقبيله أمها وبنتها بشهوة وان كانت من جهتها فلا تجب كردّتها واباتها عن الاسلام وتقبيلها ابن الزوج بشهوة والرضاع وخيار البلوغ وخيار العتق وعدم الكفاءة (وما) أي الذي (فرض بعد العقد) أي بعد ان تزوجها ولم يسم لها مهرا أو نفاه (أو) تزوجها على مهر مسمى ثم (زيد) بعد ذلك ثم طلقها قبل الدخول بها (لا ينصف) المفروض بعد العقد ولا الذي زيد على المسمى بعده بل تجب المتعة في الاول ونصف المسمى عند العقد في الثاني ويسقط الزائد وكان أبو يوسف أولا يقول يتنصف المفروض بعد العقد والزائد بعده وهو قول الشافعي في المفروض بعده دون الزائد لعدم صحة الزيادة عنده وبه قال مالك وأحمد وعن أبي يوسف كقولهما لان هذا النكاح انعقد موجبا لمهر المثل وهو لا يتنصف فكذا ما وقع تعيينا له (وصح حطها) أي حط المرأة من مهرها لانه خالص حقها ولم يذكر الشيخ جواز الزيادة لانه علم مما سبق ضمنا وعند زفر والشافعي لا تجوز الزيادة (والخلوة) أي اختلاء الزوج بها من غير مانع عادي (و) (بلا مرض) فيه أو فيها اذا كان يمنع الجماع أو يلحق به ضرر وقيل هذا في مرضها وأما في مرضه فمانع مطلقا وهو الصحيح (و) بلا (حيض و) بلا (احرام) بحج فرض أو نفل أو عمرة (و) بلا (صوم فرض) كرمضان لا التطوع والمنذور والكفارات والقضاء في الصحيح (كالوطء) في وجوب المهر كاملا وعند الشافعي في الجديد يجب نصف المهر ولا يجب كمال المهر الا بالوطء لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وهذا طلاق قبل المسيس ولنا قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض أي دخل في الفضاء وهو المكان

الخالي

الخالى وقد سلمت المبدل فيجب عليه كمال البدل والخلوة قائمة مقام المسيس فلا يكون طلاقا قبل المسيس وقال عليه السلام من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل أو لم يدخل رواه الدارقطنى وحكى الطحاوى اجماع الصحابة فى وجوب المهر بالخلوة وشرط مالك طول المقام معها وحده بالعام * ثم اعلم أن المانع ثلاثة أنواع حسى وهو أن يكون معهما ثالث سواء كان بصيرا أو أعمى يقظان أو نائما بالغا أو صبيا يعقل والمجنون والمغمى عليه والصغير الذى لا يعقل لا يمنع وزوجته الاخرى تمنع وعن محمد لا وجاريته لا تمنع بخلاف جاريتها والكلب العقور يمنع وان لم يكن عقورا فان كان للمرأة يمنع وان كان له لا يمنع وطبيعى ككون المرأة رتقاء أو قرناء أو شعراء أو صغيرة لا تطيق الجماع وان كان هو صغيرا لا يقدر على الجماع ذكر فى القنية لا يجب بخلوته كمال المهر وقال شرف الائمة ان كان يشتهى وتتحرك آلته ينبغى أن يكمل وشرعى كالاحرام بحج فرض على ما ذكرنا والحيض مانع طبعا وشرعا ثم انما تصح الخلوة اذا كانا فى مكان يأمنان من اطلاع غيرهما عليهما أو تهجم كالدار والبيت ولا تصح فى المسجد والطريق الاعظم والحمام والمفازة من غير خيمة وكذا فى الجبل وفى البيت غير المسقف تصح وكذا على سطح الدار وفى بستان ليس عليه باب لا تصح وفى البدائع الخلوة فى الحجلة والقبة صحيحة ولو كان بينهما سترة من ثوب رقيق قال أبو يوسف لا تصح الخلوة وكذا السترة القصيرة بحيث لو قام رجل رآهما ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم تعرفه لا تصح الخلوة كذا اختاره أبو الليث وقال الفقيه أبو بكر تصح ولو ردت أمها الباب ولم تغلق وهما فى خان يسكنه الناس والناس قعود فى ساحة الخان ينظرون من بعيد فان كانوا مترصدين لهما فى النظر لا تصح والا فتصح وقيل لو كان البيت فى دار بابه مفتوح لا يدخله أحد الا باذن تصح الخلوة (ولو) واصلة بما قبلها يعنى خلوته بها بلا مانع من الموانع المذكورة صحيحة ولو كان الزوج (مجبوبا) وهو مقطوع الذكر والخصيتين (او) كان (عنينا) وهو الذى فى آلته فتور (او) كان (خصيا) وهو الذى قلعت خصيتاه وفى المجبوب خلاف أبى يوسف ومحمد لانه أعجز من المريض ولابى حنيفة أن المستحق عليها التسليم فى حق السحق وقد أتت به ولو جاءت بولد ثبت نسبه منه واستحقت كمال المهر بالاتفاق (وتجب العدة فيها) أى فى الخلوة سواء كانت صحيحة أو غير صحيحة للاحتياط خلافا للشافعى وأصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء فى مواضع وهى تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى فى هذه العدة ونكاح أختها وأربع سواها وحرمة نكاح الامة ومراعاة وقت الطلاق فى حقها ولم يقيموها فى مواضع وهى حق الاحصان وحرمة البنات وحلها للاول والرجعة والميراث وأما فى حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والاقرب الوقوع (وتستحب المتعة) وهى درع وخمار وملحفة (لكل مطلقة) دخل بها أو لم يدخل وعند الشافعى تجب للمدخول بها (الا للمفوضة) بكسر الواو وهى التى فوضت نفسها الى زوجها يعنى زوجها منه بلا مهر وجوز بعضهم فتح الواو على معنى أن وليها زوجها بغير تسمية المهر قال صاحب المغرب فيه نظر ومعنى الاستثناء أن المفوضة اذا طلقت (قبل الوطء) تجب لها المتعة كما تقدم وهذا التركيب لا يخلو عن خلل لان الذى يفهم منه أن المتعة تستحب لكل مطلقة الا المفوضة فانها لا تستحب لها وليس كذلك فيكون استثناء الواجب عن المستحب فلا يصح لان اسم المستحب لا يطلق على الواجب فى اصطلاحهم وان كان

مستحباوزيادة والمتعة على أربعة أقسام واجبة كما تقدم ومستحبة وهى التى طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهى التى طلقها بعد الدخول وقد سمى لها مهرا والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهى التى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا لان نصف المهر قام فى حقها مقام المتعة (ويجب مهر المثل فى) نكاح (الشغار) وهو ان يشاغر الرجل الرجل يعنى يزوج ابنته أو أخته على ان يزوجه الآخر ابنته أو أخته أو أمته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر فالعقد صحيح ويجب مهر المثل لانه سمى مالا يصلح مهرا وقال الشافعى العقد باطل لحديث نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار وليس بينهما صداق رواه الجماعة وعنه عن النبى صلى الله عليه وسلم لا شغار فى الاسلام رواه مسلم ولنا ما قلنا والحديث ورد لاخلائه عن تسمية المهر واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شئ آخر من المال على ما كانت عليه عادتهم فى الجاهلية أو هو محمول على الكراهة (و) يجب مهر المثل أيضا فى التزويج على (خدمة زوج حر للامهار) أى لاجل المهر لها لان المسمى غير مال كما ذكرنا وقال محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا أنه عجز عن التسليم وقالت الثلاثة تجب الخدمة وانما قال زوج حر لانه اذا كان عبدا تجب عليه الخدمة كما يأتى (و) يجب مهر المثل أيضا فى التزويج على (تعليم القرآن) لما ذكرنا وقال الشافعى لها تعليم القرآن كما فى حديث سهل ابن سعد الساعدى هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا السور التى سماها فقال عليه السلام قد ملكتكها بما معك من القرآن ويروى أنكحتكها أو زوجتكها رواه أبو داود وقلنا ليس فيه دلالة على أن القرآن جعله مهرا ولهذا لم يشترط أن يعلمها وانما معناه ببركة ما معك من القرآن أو بسبب ما معك من القرآن أو لاجل أنك من أهل القرآن كتزوج أبى طلحة على اسلامه وهو لا يصلح صداقا للبضع (ولها) أى للمرأة (خدمته) أى خدمة الزوج فى تزوجه على خدمتها (لو) كان (عبدا) لانها مال لما فيه من تسليم رقبته بخلاف الحر ولو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته كذا فى المحيط وهذا يشير الى أنه لا يخدمها لانه أجنبى لا تجوز له الخلوة معها وأشار فى الهداية أنه يخدمها (ولو قبضت) المرأة (ألف المهر ووهبت له) أى للزوج المعنى أنه تزوجها على ألف فقبضته ثم وهبته كله له (فطلقت قبل الوطء) أى قبل الدخول بها (رجع) الزوج (عليها) أى على المرأة (بالنصف) أى بنصف الالف الذى هو المهر وهو خمسمائة درهم لانه طلاق قبل الدخول فلا يجب الا نصف المهر والدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود والفسوخ عندنا فصار كهبة مال آخر وعند الثلاثة لا يرجع (فان لم تقبض) المرأة (الالف) المهر وهذه مسئلة صورتها أنها لم تقبض من المهر شيأ فأبرأته من جميعه وهو الالف فانه لا يرجع عليها بشئ استحسانا لانه حصل له مقصوده وهو براءة ذمته عن نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفى القياس يرجع عليها بنصف الالف وبه قال زفر لانه سلم له الابراء فلا تبرأ هى عما يستحقه هو بالطلاق قبل الدخول (أو قبضت) المرأة (النصف) مسئلة أخرى أى نصف الالف المهر (فوهبت الالف) يعنى جميع المهر المقبوض وغيره ثم طلقها قبل الدخول بها لا يرجع عليها بشئ عند أبى حنيفة لانه وصل اليه عين حقه وقالا يرجع عليها بنصف المقبوض لان هبة البعض حط فيلحق بأصل العقد فكأن العقد ورد على النصف فيتنصف بالطلاق قبله

(او وهبت

(أو وهبت) المرأة (العرض المهر) مسئلة ثالثة وصورتها أن يتزوجها على عرض بعينه ثم وهبته له (قبل القبض أو بعده فطلقت قبل الوطء) أى قبل الدخول بها لا يرجع عليها بشئ استحسانا لانه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبله والقياس أن يرجع عليها بنصف قيمته وبه قال زفر لان استحقاقه بجهة الطلاق فلم يحصل له من تلك الجهة ولو تزوجها على حيوان أو عرض فى الذمة فكذلك الجواب يعنى مثل ما اذا تزوجها بعرض معين وقوله (لم يرجع) الزوج (عليها) أى على المرأة (بشئ) جواب المسائل الثلاثة (ولو نكحها) أى المرأة (بألف) درهم (على أن لا يخرجها) من المدينة (أو) نكحها (على أن لا يتزوج عليها) بأخرى (أو) نكحها (على ألف) درهم (ان أقام بها) أى بالبصرة مثلا (وعلى ألفين ان أخرجها) من البصرة الى الكوفة مثلا فهذه ثلاث مسائل (فان وفى) الزوج بالشرط فى المسئلة الاولى بأن لم يخرجها من المدينة وفى المسئلة الثانية بأن لم يتزوج عليها (وأقام) بالبصرة فى المسئلة الثالثة (فلها الالف) فى الصور جميعا لانه هو المسمى وقد تم رضاها به (والا) أى وان لم يوف بالشرط بان أخرجها من المدينة أو تزوج عليها أو لم يقم بها بالبصرة (فمهر المثل) أى فالواجب لها عليه مهر مثلها لانه سمى لها شيأ لها فيه نفع فعند فواته يجب مهر المثل لعدم رضاها به وقال زفر ان كان المضموم الى المهر مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته والا فلا وقالت الحنابلة ان لم يف به يفسخ النكاح لقوله عليه السلام أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به من الفروج ولنا قوله عليه السلام كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وليس فيه هذه الشروط ولا دليل فى الحديث على مدعاهم لانه عليه السلام جعله أحق بالايفاء فمن أين لهم الفسخ عند فواته والمسئلة الثالثة ليست على اطلاقها بل ان أخرجها من البصرة فلها مهر المثل لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند أبى حنيفة وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف عند الاقامة بالبصرة والالفان عند خروجها منها وقال زفر الشرطان فاسدان فيكون لها مهر المثل ولا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وعند الشافعى يجب مهر مثلها فى الحالين وعند مالك يفسد النكاح فى الحالين لزفر أنه ذكر بدلين لا على سبيل الاجتماع فيكون مجهولا فيفسد ولهما أن الاقامة والاخراج مقصود عرفا فصار كمسئلة الخياطة الرومية والتركية وله أن الاول لا خطر فيه والثانى فيه خطر فيجب فيه مهر المثل (ولو نكحها على هذا العبد) وفى بعض النسخ ولو تزوجها على هذا العبد (أو على هذا الالف) بأن قال تزوجتك على أن يكون صداقك هذا العبد أو هذا الالف (حكم) بتشديد الكاف على صيغة المجهول (مهر المثل) أى جعل مهر المثل حكما فان كان مثل أرفعهما أو أكثر فلها الارفع لرضاها به وان كان مثل أوكسهما أو أقل فلها الاوكس لرضاها بذلك وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبى حنيفة وقالا لها الاوكس لانه متيقن وفى الزيادة شك وكذا على الخلاف لو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما اوكس وكذا لو تزوجها على ألف أو ألفين ولابى حنيفة أن مهر المثل هو الواجب الاصلى الا عند وجود التسمية ولا ينقص عن الادنى لوجود رضا الزوج به ولا يزيد على الاعلى لوجود رضاها به (و) لو نكحها (على فرس او حمار يجب) الفرس (الوسط) أو الحمار الوسط ومعنى المسئلة انه تزوجها على فرس وسط فانه مخير بين أن يسلم فرسا وسطا وبين أن يسلم اليها قيمته وهو معنى قوله (أو) يجب (قيمته) أى قيمة الفرس

الوسط وكذلك لو تزوجها على حمار وسط وليس المعنى انه تزوجها على هذا أو هذا على معنى الشك
بل كلمة أو ههنا للتنويع وهكذا الحكم فى كل حيوان ذكر جنسه دون نوعه ولو تزوجها على فرس
او حمار بمعنى الشك والتردد بينهما فالجواب فيه كالجواب فى المسئلة الاولى من تحكيم مهر المثل
عنده ووجوب الاقل عندهما ولو تزوجها على حيوان ولم يبين جنسه بأن تزوجها على دابة بطلت
التسمية ويجب مهر المثل لتفاحش الجهالة وقال الشافعى يجب مهر المثل فى الوجهين جميعا (و)
لو نكحها (على ثوب) ولم يذكر جنسه ولا وصفه يجب مهر المثل للجهالة ولو سمى جنسا بأن قال
هروى أو مروى تصح التسمية ويجب الوسط ويخير الزوج بين دفع المسمى وبين دفع قيمته وأيهما
أدى تجبر المرأة على القبول كما فى الحيوان وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب فى ظاهر الرواية لانها
ليست من ذوات الامثال وفى شرح المختار يجب تسليم الثوب لان موصوفه يجب فى الذمة
بخلاف الحيوان وقال أبو يوسف ان ذكر له أجلا يجبر على تسليمه لان مؤجله يثبت فى الذمة
متعينا كما فى السلم وان لم يذكر أجلا يخير وعن أبى حنيفة مثله ولو تزوجها على مكيل أو موزون
غير الدراهم والدنانير فان ذكر جنسه دون وصفه يخير بين تسليمه وتسليم قيمته (او) نكحها (على
خمر او خنزير) فسدت التسمية لان المسمى غير مال متقوم فى حق المسلم ويجب مهر المثل وقال
مالك يفسد النكاح كالبيع قلنا البيع يفسد بالشرط الفاسد بخلاف النكاح (أو) نكحها (على
هذا الخل) فى الدن (فاذا هو خمر او) نكحها (على هذا العبد) وأشار اليه (فاذا هو حر) فسدت
التسمية أيضا ويجب مهر المثل عند أبى حنيفة لفساد التسمية وقال أبو يوسف لها مثل وزن الخمر
من الخل وقيمة الحر لو كان عبدا لانه أطمعها فيما هو مال وقد عجز عن تسليمه فتجب القيمة فيما
لا مثل له والمثل فيما له مثل وبه قال الشافعى وأحمد وعند محمد يجب مهر المثل فى العبد والمثل
فى الخمر لان العبد والحر جنس واحد لقلة التفاوت فى المنافع فوجب مهر المثل اعتبارا للاشارة
والخمر والخل جنسان لفحش التفاوت فى المقاصد فوجب المثل رعاية للتسمية وقوله (يجب مهر
المثل) جواب المسائل المذكورة (وان امهرها العبدين) بان تزوجها على عبدين معينين (و) الحال
أن (أحدهما حر فمهرها) أى فمهر المرأة هو (العبد) ان كان يساوى عشرة دراهم والا يكمل
لها العشرة عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانهما لو ظهرا
حرين تجب قيمتهما فكذا فى الواحد وعند محمد لها العبد الباقى وتمام مهر مثلها ان كان مهر
مثلها أكثر من قيمة العبد وهو رواية عن أبى حنيفة لانهما لو كانا حرين يجب مهر المثل عنده
فكذا اذا كان أحدهما حرا يجب العبد وتمام مهر المثل لعدم رضاها بدونه ولابى حنيفة أن
الباقى صلح مهرا لكونه مالا فيجب ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل (وفى النكاح
الفاسد انما يجب مهر المثل بالوطء) لان المهر انما يجب باستيفاء منافع البضع لا بمجرد العقد
لفساده ولا بالخلوة لوجود المانع منها وهو الحرمة ولهذا لا يجب بها حرمة المصاهرة ولا العدة
ولكل واحد منهما فسخه بغير حضور صاحبه وقيل ليس له ذلك بعد الدخول الا بحضرة من
صاحبه (ولم يزد) مهر المثل (على المسمى) فى العقد الفاسد لانها أسقطت حقها فى الزيادة
رضاها بما دونها فلا يجب وقال زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ اعتبارا بالبيع الفاسد وبه قالت
الثلاثة ولو لم يكن المهر مسمى أو كان مجهولا يجب بالغا ما بلغ بالاتفاق (ويثبت النسب) أى نسب

الولد

الولد المولود فى النكاح الفاسد للاحتياط وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه
الفتوى قاله أبو الليث وعندهما من وقت النكاح وهو بعيد ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه
ويجب المهر والعدة فى رواية عن أبى يوسف وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر
رحمه الله وان لم يدخل بها لا يلزمه الولد (و) تجب (العدة) اذا دخل بها لان الفاسد ملحق بالصحيح
فى موضع الاحتياط ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق كالطلاق فى النكاح الصحيح
وقال زفر من آخر الوطآت واختاره أبو القاسم الصفار حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر
الوطآت قبل التفريق فقد انقضت ولا تتحقق المتاركة الا بالقول بأن يقول تاركتك أو تاركتها
أو خليت سبيلك أو خليتها وعلم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة على الاصح كما فى الصحيح
وانكار النكاح ان كان بحضرتهما فهو متاركة والا فلا روى ذلك عن أبى يوسف (ومهر مثلها)
أى مثل المرأة (يعتبر بقوم أبيها) لان الانسان من جنس قوم أبيه وهن أقارب الاب كالعمات
وبنات الاعمام وعند مالك يعتبر بمن يماثلها من سائر النساء وعند أحمد بقرابتها عصبة أولا (اذا
استويا) أى المرأة التى يحكم لها بمهر المثل والمرأة التى هى من قوم أبيها (سنا) أى من حيث السن
(وجمالا) أى ومن حيث الجمال والحسن وقيل لا يعتبر الجمال فى بيت الحسب والشرف وانما
يعتبر ذلك فى أوساط الناس (ومالا) أى ومن حيث المال (وبلدا) أى ومن حيث البلد (وعصرا)
أى ومن حيث العصر وهو الزمان (وعقلا) أى ومن حيث العقل فلا يعتبر بالمجنونة (ودينا) أى
ومن حيث الدين وهو التقوى فلا يعتبر بالفاسقة (وبكارة) أى ومن حيث البكارة لان المهر
يختلف باختلاف هذه الاوصاف لاختلاف الرغبات فيها وكذا يشترط أن يستويا فى العلم والادب
وكمال الخلق وأن لا يكون لها ولد وقالوا يعتبر حال الزوج أيضا (فان لم يوجد) من قوم أبيها (فمن
الاجانب) أى فيعتبر منهم لكن من قبيلة هى مثل قبيلة أبيها وعن أبى حنيفة أنه لا يعتبر بالاجانب
وفى شرح المجمع وان لم توجد كلها فى قوم أبيها يعتبر الموجود منها (وصح ضمان الولى المهر) بأن
زوج ابنه الصغير امرأة ثم ضمن عنه مهرها صح هذا الضمان لانه سفير وليس بمباشر بخلاف ما اذا
اشترى له شيأ ثم ضمن عنه الثمن للبائع لا يجوز لانه أصيل فيه فيلزمه الثمن ضمن أو لم يضمن ولها ان
تطالب الولى فان أدى من مال نفسه فله أن يرجع فى مال الصغير ان أشهد أنه يؤديه ليرجع عليه
والا فهو متطوع وليس لها أن تطالب الزوج ما لم يبلغ فاذا بلغ تطالب أيهما شاءت وكذا لو زوج
بنته الكبيرة وهى بكر أو مجنونة رجلا وضمن عنه مهرها صح ضمانه لما ذكرنا ثم هى بالخيار ان
شاءت طالبت زوجها أو وليها ان كانت أهلا لذلك ويرجع الولى بعد الاداء على الزوج ان ضمن
بامره وهذا بخلاف ما اذا باع شيأ من مال الصغير وضمن الثمن عن المشترى حيث لا يجوز لانه
اصيل فيه حيث ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه المشترى عن الثمن عندهما
خلافا لابى يوسف لكنه يضمنه للولد (وتطالب) المرأة (زوجها أو) تطالب (وليها) هذا اذا كان
الضامن وليها بأن زوجها ثم ضمن مهرها وأما اذا كان الضامن ولى الزوج بأن زوجه امرأة
وضمن مهرها فالمطالبة الى ولى الزوج وقد حققناه فيما مضى (ولها) أى للمرأة (منعه) أى منع
الزوج (من الوطء والاخراج) أى اخراجها من البلد (للمهر) أى لاجل مهرها فيما تعورف
تعجيله حتى لا يكون لها ذلك فيما تعورف تأجيله الى الميسرة أو الموت أو الطلاق ولو كان حالا لان

المتعارف كالمشروط وذلك يختلف باختلاف البلدان والازمان والاشخاص هذا اذا لم ينصا على التعجيل والتأجيل وأما اذا نصا على تعجيل جميع المهر أو تأجيله فهو على ما شرطا حتى كان لها أن تحبس نفسها الى أن تستوفى كله فيما اذا شرط تعجيل كله وليس لها ذلك فيما اذا كان كله مؤجلا وروى المعلى عن أبى يوسف أن لها أن تمنع نفسها اذا كان مؤجلا استحسانا واختاره بعضهم للفتوى واذا أوفاها مهرها كله أو كان كله مؤجلا ينقلها حيث شاء وكذلك اذا دخل بها عندهما وعند أبى حنيفة ليس له ذلك وكان أبو القاسم الصفار يفتى بقول أبى حنيفة فى المنع من السفر وبقولهما فى عدم المنع من الوطء وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها الا برضاها لان الغربة تؤذى واختاره أبو الليث (وان وطئها) واصلة بما قبلها يعنى لها المنع من الوطء والاخراج لاجل مهرها سواء كان قبل الوطء أو بعده عند أبى حنيفة وقالا اذا دخل بها برضاها أو خلا بها ليس لها ان تمنع نفسها ولو امتنعت سقطت النفقة لانها سلمت كل المعقود عليه برضاها وبه قال الشافعى ومالك وله أن المهر مقابل بكل الوطآت حتى لا يؤدى الى اخلاء بعضها عن العوض (ولو اختلفا) أى الزوجان (فى قدر المهر) بأن قال الزوج هو ألف وقالت المرأة ألفان (حكم مهر المثل) أى يجعل مهر المثل حكما بينهما فمن شهد له مهر المثل فالقول قوله مع يمينه فان كان يشهد له بان كان مثل ما يدعيه أو أقل يحلف فان حلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه ما ادعت وان كان يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه أو أكثر تحلف هى فان نكلت فلها ما أقر به الزوج وان حلفت فلها جميع ما ادعت فقدر ما أقر به الزوج على انه مسمى والزائد بحكم انه مهر المثل وأيهما أقام البينة تقبل فى الوجهين وان أقاماها معا فبينة من لم يشهد له الظاهر أولى وان لم يشهد مهر المثل لواحد منهما بان كان أكثر مما ادعاه الزوج وأقل مما ادعته المرأة فان لم يكن لهما بينة تحالفا وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان حلفا يجب مهر المثل فقدر ما أقر به الزوج على أنه مسمى والزائد بحكم مهر المثل حتى يتخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير ولو أقام أحدهما البينة أيهما كان يثبت ما يدعيه على انه مسمى وان أقاماها تهاترتا فى الصحيح ثم يجب مهر المثل كله فيتخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير (و) تحكم (المتعة لو طلقها قبل الوطء) أى قبل الدخول بها على التفصيل الذى ذكرناه آنفا وذكر فى الجامع الصغير ان القول قول الزوج فى نصف المهر وقال الكرخى يتحالفان فى الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك على التفصيل المذكور واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين وهذا كله قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف القول قول الزوج الا أن يأتى بشئ مستنكر وهو ما لا يتعارف مهرا لها قال قاضيخان وهو الاصح وقيل ما لا يصلح مهرا شرعا وهو ان يكون أقل من عشرة دراهم لانه مستنكر شرعا قال الوبرى هذا أشبه بالصواب (و) لو اختلفا (فى أصل المسمى) بأن نفاه احدهما وادعاه الآخر (يجب مهر المثل) بالاتفاق وقال صاحب الهداية ولو كان الاختلاف فى اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع (وان ماتا) اى الزوجان (واختلفت ورثتهما ولو) كان اختلافهم (فى القدر) اى فى مقدار المهر بأن قالت ورثة الزوج المهر الف وقالت ورثة الزوجة بل الفان (القول لورثته) اى لورثة الزوج وتقدير التركيب وان مات الزوجان واختلفت ورثتهما القول لورثته وان

كان اختلافهم فى القدر فكلمة لو واصلة بما قبله فالتقدير القول لورثته لو كان فى أصل المسمى ولو كان فى القدر أيضا القول قول ورثة الزوج عندهما شهد له مهر المثل اولم يشهد لانه ينكر الزيادة الا أن أبا يوسف استثنى من دعوى ورثة الزوج ما يستنكر لان الظاهر يكذبهم وقال محمد القول لورثة الزوجة ان شهد له مهر المثل لان القول قول من شهد له الظاهر وان اختلفت ورثتهما فى نفس التسمية بان قالت ورثة الزوج لم يكن مهر وقالت ورثة المرأة كان المهر مسمى فالقول قول من ينكر التسمية عند أبى حنيفة لانه لا حكم لمهر المثل بعدهما عنده فلا يقضى بشئ وعندهما يقضى بمهر المثل كما فى حال الحياة (ومن بعث الى امرأته شيأ) من الدراهم أو الدنانير أو القماش ونحوها ثم اختلفا (فقالت) المرأة (هو) أى المبعوث (هدية) أهديتها الى (وقال) الزوج (هو من المهر) أى من بعض مهرك (فالقول له) أى للزوج لانه المملك فكان أعرف بجهة التمليك (فى غير المهيا للاكل) كالشواء واللحم والفواكه التى لا تبقى فالقول قولها فيه استحسانا لجريان العادة باهدائها فكان الظاهر شاهدا لها بخلاف ما اذا لم يكن مهيأ للاكل كالعسل والسمن والجوز ونحوها وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع ونحو ذلك ليس له أن يحسبه من المهر لان الظاهر يكذبه بخلاف ما لا يجب عليه كالخف والملاءة ثم اذا كان القول قول الزوج ترد عليه المتاع ان كان قائما وترجع بمهرها لانه بيع بالمهر ولا ينفرد به الزوج بخلاف ما اذا كان من جنس المهر وان كان هالكا لا ترجع وفى فتاوى أهل سمرقند رجل تزوج امرأة وبعث اليها بهدايا وعوضته المرأة على ذلك عوضا ثم زفت اليه ثم فارقها وقال انما بعثت اليك عارية وأراد أن يسترد ذلك وأرادت المرأة ان تسترد العوض فالقول له لانه أنكر التمليك فاذا استرد ذلك منها كان لها ان تسترد ما عوضته وفى الذخيرة جهز بنته وزوجها ثم زعم أن الذى دفعه اليها ماله وكان على وجه العارية عندها فقالت هو ملكى جهزتنى به أو قال الزوج ذلك بعد موتها فالقول قولها دون الاب لان الظاهر شاهد بملك البنت اذ العادة دفع ذلك اليها بطريق الملك وحكى عن على السغدى أن القول قول الاب لان ذلك يستفاد من جهته وذكر مثله السرخسى وأخذ به بعض المشايخ وقال فى الواقعات ان كان العرف ظاهرا بمثله فى الجهاز كما فى ديارنا فالقول قول الزوج وان كان مشتركا فالقول قول الاب (ولو نكح ذمى ذمية بميتة) أو دم (أو نكحها (بغير مهر) اما نفياه أو سكتا عنه (وذا) أى العقد المذكور (جائز عندهم) يعنى فى دينهم (فوطئت او طلقت قبله) أى قبل الوطء (اومات) الذمى (عنها لا مهر لها) فى الصورتين عند أبى حنيفة لانا أمرنا بتركهم وما يدينون وقالا يجب مهر المثل كما بين المسلمين ان دخل بها أو مات عنها والمتعة ان طلقها قبل الدخول وبه قال الشافعى وزفر (وكذا الحربيان) اذا تعاقدا على ميتة أو دم أو على أن لا مهر لها (ثم) بفتح الثاء المثلثة أى فى دار الحرب لا مهر لها بالاتفاق بين أصحابنا الثلاثة وقال زفر لها مهر المثل لان الشرع ما شرع النكاح الا بالمال ولنا انه تعذر الزامهم بما لم يلتزموه فلا فائدة فى الايجاب (ولو تزوج ذمى ذمية بخمر) عين (أو خنزير عين) يعنى مشارا اليه (فاسلما) قبل القبض (او اسلم احدهما) قبله (لها) أى للزوجة (الخمر والخنزير) عند أبى حنيفة لانها ملكتهما بالعقد فتخلل الخمر وتسيب الخنزير وقال أبو يوسف لها مهر المثل وقال محمد لها قيمتهما وهو قول أبى يوسف أولا لان التسمية قد صحت وقت العقد وقد عجز الآن عن التسليم فتلزم القيمة

ولابى يوسف ان المسلم منهى عن التمليك والتملك والتسليم والتسلم فيهما فيجب مهر المثل (وفى غير العين) من الخمر والخنزير يعنى اذا تزوجها على خمر غير عين أو خنزير غير عين بأن جعلهما دينا فى الذمة فأسلما قبل القبض أو أسلم أحدهما قبله (لها قيمة الخمر و) لها (مهر المثل فى الخنزير) عند أبى حنيفة لان ملكهما بطل فتجب القيمة فى الخمر ومهر المثل فى الخنزير لانه لا يمكن تسليم قيمته لانها مثله فى ضمان العدوان وعند أبى يوسف يجب مهر المثل كما فى العين وعند محمد تجب القيمة أيضا كما ذكرنا ولو طلقها قبل الدخول فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة ومن أوجب القيمة أوجب نصفها والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (نكاح الرقيق) *

(لم يجز نكاح العبد والامة والمكاتب والمدبر وام الولد الا باذن السيد) هذه المسئلة مكررة قد ذكرها الشيخ فيما مضى فى باب الاولياء بعبارة أحسن من هذا حيث قال ونكاح العبد والامة بلا اذن السيد موقوف وههنا قال لم يجز والصواب ان يقال موقوف مثل ما قال هنالك أو لا ينفذ لانه يجوز لكنه لا ينفذ كعقد الفضولى وقال مالك لا ينكح العبد الا باذن سيده فان عقده من غير اذنه صح ثم للسيد أن يطلق عليه ويكون ذلك طلاقا وكذا لو طلقها العبد قبل اجازة المولى يكون طلاقا بخلاف الامة فان العقد عليها بغير اذنه باطل ولا يصح باجازته وعنه للسيد فسخه أو تركه لكن نكاح العبد وهى شاذة ثم اذن السيد يثبت صريحا كاجزت ورضيت به وأذنت فيه ودلالة قولا نحو هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت وفعلا نحو أن يسوق اليها مهرها أو شيأ منه بخلاف الهدية (فلو نكح عبد باذنه) أى باذن المولى (بيع فى مهرها) اى فى مهر امرأته كدين المأذون له فى التجارة بخلاف ما اذا تزوج بغير أمره لا يباع به بل يطالب بعد الحرية كما اذا لزمه الدين باقراره ثم اذا بيع مرة ولم يف الثمن بالمهر لا يباع ثانيا بل يطالب به بعد العتق بخلاف النفقة حيث يباع بها مرة بعد أخرى لانها تجب ساعة فساعة فلم يقع البيع بالجميع ولو مات العبد سقط المهر والنفقة هذا اذا تزوج باجنبية أما اذا زوج عبده أمته فاختلف المشايخ فمنهم من قال يجب المهر ثم يسقط لان وجوبه حق الشرع ومنهم من قال لا يجب لاستحالة وجوبه للمولى على عبده (وسعى المدبر والمكاتب) وولد أم الولد ومعتق البعض لعدم قبول النقل من ملك الى ملك فيسعون ويوفى المهر من كسبهم كما فى دين التجارة (ولم يبع) أى كل واحد من المدبر والمكاتب (فيه) أى فى المهر لما قلنا (و) قول المولى لعبده الذى تزوج بغير اذنه (طلقها) طلقة (رجعية اجازة للنكاح الموقوف) لان الطلاق الرجعى لا يكون الا فى نكاح صحيح فتعين الاجازة (لا) يكون اجازة للنكاح قوله لعبده الذى تزوج بغير اذنه (طلقها او فارقها) لانه يحتمل الرد ويتعين فى العبد المتمرد وقال ابن أبى ليلى طلقها اجازة أيضا ولو زوج فضولى رجلا امرأة فقال الرجل طلقها يكون اجازة لان فعل الفضولى اعانة كالوكيل بخلاف المولى (والاذن بالنكاح) أى اذن المولى لعبده بالنكاح (يتناول) النكاح (الفاسد ايضا) كما يتناول الصحيح عند أبى حنيفة عملا بالاطلاق وقالا لا يتناول الا الصحيح لان مقصوده به وهو التحصين انما يحصل بالصحيح فيحمل عليه وثمرة الخلاف تظهر فى حق لزوم المهر فيما اذا تزوج امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها حيث يظهر لزوم المهر عنده فى الحال فيباع فيه وعندهما لا يطالب الا بعد العتق وفى حق انتهاء الاذن بالعقد

حيث

حيث ينتهي به عنده وعندهما لا ينتهي حتى لو تزوج غيرها نكاحا صحيحا أو أعاد عليها العقد صح عندهما وعنده لا يصح هذا الخلاف في التزوج وأمّا في التزويج فلا يتنا ولهما خلافا للبعض (ولو زوج) المولى (عبدا مأذونا له) مديونا (امرأة) بمهر المثل أو أقل (صح) النكاح (وهي) أي المرأة (اسوة) أي مساوية (للغرماء) أي أصحاب الديون التي على العبد (في مهرها) ولو زوجه على أكثر من مهر المثل فالزائد يطالب به بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض (ومن زوج أمته) من رجل (لا يجب) عليه (تبوئتها) أي اتخاذ المنزل لها من بوّأ له منزلا وبوّأه منزلا اذا هيأ له (فتخدمه) أي تخدم الجارية المولى (ويطؤها الزوج ان ظفر بها) في موضع من المواضع ليلا أو نهارا لان حق المولى أقوى من حق الزوج وعند الشافعي يسلمها ليلا وعند مالك ليلا بعد ثلاث ليال فان بوّأها معه منزلا فلها النفقة والسكنى ولو بدا له أن يستخدمها بعد التبوئة فله ذلك لان حقه لا يسقط بها كما لا يسقط بالنكاح ولو طلقها بائنا بعد التبوئة يجب لها النفقة والسكنى وقبلها أو بعد الاسترداد لا يجب والمكاتبة في هذا كالحرة لزوال يد المولى عنها (وله) أي للمولى (اجبارهما) أي اجبار العبد والامة (على النكاح) ومعنى الاجبار ان ينفذ النكاح عليهما بغير رضاهما وقال الشافعي لا اجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف لانه مبقي على أصل الآدمية فيما هو من خواص الآدمية والنكاح منها بخلاف الامة لان بضعها مملوك له فيملك تمليكه ولنا انه مملوكه رقبة ويدا فيملك عليه كل تصرف فيه صيانة ملكه كالامة ولا يملك اجبار المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاجانب بعقد الكتابة (ويسقط المهر بقتل السيد أمته قبل الوطء) أي قبل وطء زوجها عند أبي حنيفة لفوات المعقود عليه بفعل من له المهر وقالا لا يسقط اعتبارا بموتها حتف أنفها ولو كان السيد صغيرا قيل يسقط وقيل لا ولو قتلت الامة نفسها ففيه روايتان في رواية يسقط كقتلها المولى وفي رواية لا يسقط كالحرة اذا قتلت نفسها وكما لو قتلها أجنبيّ وكذا في ردّتها روايتان وكذا في تقبيل ابن زوجها (لا) يسقط المهر (بقتل الحرة نفسها قبله) أي قبل الوطء خلافا لزفر وبعد الوطء لا يسقط اجماعا لان جناية المرء على نفسه غير معتبرة (والاذن في العزل) أي عزل الماء عن الامة في الجماع (لسيد الامة) عند أبي حنيفة لان الحق له وليس لها حق وقالا الاذن لها لان لها ولاية المطالبة فلا يجوز الا برضاها بخلاف الامة المملوكة لانها لا مطالب لها فلا يعتبر رضاها (ولو أعتقت أمة أو مكاتبة) والحال أنهما قد تزوجتا (خيرت) كل واحدة منهما (ولو) كان (زوجها حرّا) خلافا للشافعي فيما اذا كان زوجها حرّا لحديث بريرة من رواية عائشة رضي الله عنها انّ النبيّ صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواه مسلم ولنا حديث عائشة رضي الله عنها ان زوج بريرة كان حرّا حين أعتقت رواه البخاري ومسلم وحديثنا أولى لكونه مثبتا للحرية لاتفاقهم انه كان قبل عبدا أو نقول ليس فيما روى دلالة على انه اذا كان حرّا لا يكون لها الخيار فلا يمكن الاحتجاج به الا على ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها عبدا ونحن نقول بموجبه وبموجب الحديث الآخر جمعا بين الدليلين ولا فرق في هذا بين القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة وزفر يخالفنا في المكاتبة لانها كالحرة ولنا ما روينا من حديث بريرة وكانت مكاتبة (ولو نكحت) الامة (بلا اذن) من السيد (فعتقت نفذ

النكاح (بلا خيار) لها امّا نفوذ النكاح فلانها من أهل العبارة وامتناعه لحق المولى وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا يتصور ازدياد الملك عليها وثبوت الخيار باعتباره وقال زفر والشافعي بطل النكاح لانه توقف على اجازته فلا ينفذ باجازة غيره (فلو وطئ) زوج الامة (قبله) أي قبل العتق فيما اذا تزوجت بغير اذن (فالمهر له) أي للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى (والا) أي وان لم يطأها الزوج قبل العتق (فلها) أي فالمهر لها اى للامة لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر هو المسمى عند العقد (ومن وطئ أمة ابنه فولدت) الامة (فادّعاه) أي الاب ادّعى الولد لنفسه (ثبت نسبه) أي نسب الولد (منه) أي من الاب صيانة لمائه عن الضياع ولنفسه عن الزنا (وصارت) الامة (أم ولده) أي أم ولد الاب لثبوت النسب منه (وعليه) أي على الاب (قيمتها) أي قيمة الجارية صيانة لمال الولد مع حصول مقصود الوالد (لا) يجب عليه (عقرها) أي عقر الامة وهو مهرها وقال زفر والشافعي عليه عقرها لان الوطء وجد في غير ملكه ولنا ان المصحح للاستيلاد حقيقة الملك أو حقه وكلاهما غير ثابت للاب فيها فلا بدّ من تقديمه ليصح الاستيلاد بوقوع الوطء في ملكه فلا يجب عليه العقر لثبوت الملك بطريق الاستناد الى وقت العلوق (و) لا يجب عليه أيضا (قيمة ولدها) لانه انعلق حرّا لتقدم الملك عليه خلافا للشافعي في قول وههنا شرطان لصحة هذه الدعوى الاول أن يكون الاب حرّا مسلما حتى لو كان عبدا أو مكاتبا أو كافرا لا تصح دعوته الثاني أن تكون الامة في ملك الابن من وقت العلوق الى حين الدعوة حتى لو حبلت في غير ملكه أو في ملكه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح دعوته لعدم الولاية (ودعوة الجد) أب الاب (كدعوة الاب حال عدمه) أي عدم الاب بالموت أو الكفر أو الرق أو الجنون ويشترط أن تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته (ولو زوّجها) أي ولو زوج رجل أمته (أباه وولدت) منه (لم تصر) الامة (أم ولده) أي أم ولد الاب لان ماءه صار مصونا بدونه فلا حاجة اليه وقال زفر تصير أم ولده لانه اذا صارت أم ولد له بالفجور فبالنكاح أولى وقال الشافعي لا يجوز للاب أن يتزوج بجارية ابنه لان ماله من الحق يمنع صحة النكاح الا ترى الى قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك رواه أحمد أضافه اليه بلام التمليك وقال عليه السلام ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وانّ أموال أولادكم من كسبكم رواه البخاري ومسلم قلنا المانع من النكاح حقيقة الملك أو حقه وكلاهما منتف عن الاب بدليل جواز تصرف الابن فيها كيف شاء من الوطء والاعتاق ونحوهما فلا يجوز ذلك للاب وحديث أحمد غير ثابت ولئن ثبت فالاضافة اليه للتخصيص لا للتمليك وحديث البخاري المراد به حل الاكل (ويجب المهر) لالتزامه بالنكاح (لا) تجب (القيمة) لانعدام ملك الرقبة (وولدها حرّ) لانه ملكه أخوه فيعتق عليه لقوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه رواه أبو داود والترمذي والنسائي (حرّة قالت لسيد زوجها) العبد (اعتقه) أي الزوج (عني بألف) درهم (ففعل) سيد الزوج هذا يعني أعتقه بألف عنها (فسد النكاح) عندنا وقال زفر لا يفسد والاصل ان العتق يقع عن الآمر عندنا اقتضاء لانها كأنها قالت بعه مني بألف ثم كن وكيلي في الاعتاق تصحيحا للكلام ويكون الولاء للآمر ويخرج عن عهدة الكفارة ان نواها به وعنده يقع عن

المأمور

المأمور لان العتق من غير المالك لغو ويكون الولاء له فان قلت البيع ينعقد بالايجاب قلت نعم اذا كان مقصودا واما اذا دخل فى ضمن شئ آخر فلا فان قلت الشئ اذا ثبت ضرورة يتقدر بقدرها فوجب أن لا يظهر فى حق فسخ النكاح قلت الشئ اذا ثبت يثبت بلوازمه وانفساخ النكاح لازم للملك فلا يفارقه ويسقط المهر لاستحالة وجوبه عليها (ولو لم تقل) الحرة المذكورة (بألف) بل قالت اعتقه عنى فأعتقه (لا يفسد) النكاح (والولاء له) اى للمعتق وهو المولى عندهما وقال أبو يوسف يفسد النكاح والولاء لها ويسقط المهر كما فى المسئلة الاولى ولهما انه اذا لم يذكر المال يحتمل أن يقدر هبة أو بيعا فاسدا لعدم ذكر الثمن وليس البعض أولى من البعض فوقعت الجهالة فلا يفسد النكاح ولا يسقط المهر والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (نكاح الكافر)

وهو يتناول الذمى والمشرك والمجوسى ونحوهم (تزوج كافر) بكافرة (بلا شهود او) تزوجها (فى عدة كافر وذا) أى التزوج بلا شهود أو فى عدة كافر (فى دينهم) أى فيما يعتقدون (جائز ثم أسلما) بعد ذلك (اقرا) أى الزوجان (عليه) أى على ذلك النكاح عند أبى حنيفة وقال زفر النكاح فاسد فى الوجهين وبه قال مالك وهما مع أبى حنيفة فى الاولى ومع زفر فى الثانية لزفر قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود والآن التزما احكام الاسلام ولهما ان النكاح فى العدة لا يجوز اجماعا وقد التزما أحكامنا فتلزمهم والنكاح بغير شهود مختلف فيه وله ان العدة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لكونهم غير مخاطبين به ولا حقا للزوج لانه لا يعتقد بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم وفى المبسوط الاختلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة أو الاسلام والعدة غير منقضية وأما اذا كانا بعدها لا يفرق بالاجماع (ولو كانت) منكوحة الكافر (محرمه) أى محرما للزوج بأن كانت أمه أو أخته فاسلما أو أحدهما (فرق بينهما) لعدم المحلية ثم هل لهذه الانكحة حكم الصحة فعند أبى حنيفة هى صحيحة بينهم حتى يترتب عليها وجوب النفقة ولا يسقط احصانه بالدخول بها بعد العقد وقيل هى عنده فاسدة وهو قولهما الا أنا لا نتعرض لهم قبل الاسلام أو المرافعة اعراضا لا تقريرا (ولا ينكح مرتد ولا مرتدة احدا) من الخلق لا مسلما ولا كافرا ولا مرتدا لان النكاح يعتمد الملة لا ملة له وما انتقل اليه لا يقر عليه (والولد يتبع خير الابوين دينا) أى من حيث الدين لانه أنظر له وهذا اذا لم تختلف الدار بأن كانا فى دار الاسلام أو فى دار الحرب أو كان الصغير فى دار الاسلام والوالد فى دار الحرب لانه من أهل دار الاسلام حكما واما اذا كان الولد فى دار الحرب والوالد فى دار الاسلام فأسلم لا يتبعه ولده ولا يكون مسلما لانه لا يمكن أن يجعل الوالد من أهل دار الحرب بخلاف العكس (والمجوسى شر من الكتابى) لان له دينا سماويا ولهذا تؤكل ذبيحته ويجوز نكاح نسائهم للمسلمين بخلاف المجوسى فكان شرا حتى اذا ولد بينهما ولد يكون كتابيا تبعا له وقال الشافعى يكون مجوسيا وهذا بناء على ان الكفر كله ملة واحدة عنده فلا يفضل أحدهم عن الآخر (ولو أسلم احد الزوجين) سواء كانا كتابيين أو مجوسيين (عرض الاسلام على) الزوج (الآخر فان أسلم) الآخر فبها ونعمت (والا) أى وان لم يسلم الآخر (فرق بينهما) أى بين الزوجين ففى المجوسيين يفرق باسلام أحدهما بعد الاباء وفى الكتابيين ان أسلمت هى فكذلك وان أسلم هو فلا يتعرض لها وكذلك

اذا كانت هى كتابية والزوج مجوسى فأسلم وقال الشافعى لا يعرض على المصر الاسلام لان فيه تعريضا لهم الا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيؤجل الى انقضاء ثلاث حيض ولنا ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرق بين نصرانى ونصرانية باباءه عن الاسلام رواه الطحاوى وأبو بكر بن العربى فى العارضة وظهر حكمه بينهم ولم ينقل الينا خلاف فكان اجماعا ثم لا فرق بين أن يكون الزوج المصر صبيا مميزا أو بالغا حتى يفرق بينهما باباءه وهذا على قولهما وأما على قول أبى يوسف فقد اختلف المشايخ فيه منهم من يقول لا يصح اباؤه عنده قياسا على ردته عنده ومنهم من يقول يصح ولو كان أحدهما صغيرا غير مميز ينتظر عقله بخلاف ما اذا كان مجنونا حيث لا ينتظر بل يعرض على أبويه لانه ليس له نهاية معلومة ثم التفريق طلاق عندهما وفسخ عند أبى يوسف (واباؤه) أى اباء الزوج عن الاسلام (طلاق) عندهما خلافا لابى يوسف لانه يتصور وجوده من المرأة وبمثله لا يقع الطلاق كالفرقة بسبب الملك والمحرمية وخيار البلوغ ولهما انه فات الامساك بالمعروف من جانبه فتعين التسريح بالاحسان فان طلق والا ناب القاضى منابه (لا) يكون (اباؤها) أى اباء المرأة عن الاسلام طلاقا بالاتفاق لان الطلاق لا يكون منها وعند الشافعى ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام أحدهما وان كان بعده يتوقف على انقضاء ثلاث حيض ولا يعرض الاسلام على الآخر كما قلنا ثم اذا وقعت الفرقة بالاباء فان كان بعد الدخول فلها المهر كله لانه تأكد به وان كان قبل الدخول فان كان باباءه فلها نصف المهر لانه قبل الدخول وان كان باباءها فلا مهر لها كالردة والمطاوعة (ولو اسلم احدهما) أى أحد الزوجين (ثم) أى فى دار الحرب (لم تبن) المرأة (حتى تحيض ثلاثا) فاذا حاضت ثلاثا بانت هذا اذا كانا كتابيين أو كان أحدهما كتابيا والآخر وثنيا والمرأة هى المسلمة أو لم يكونا كتابيين وأما اذا أسلم الزوج والزوجة كتابية فهما على نكاحهما على ما مر وقال الشافعى ان كان اسلام أحدهما قبل الدخول وقعت الفرقة بالاسلام فى الحال وان كان بعد الدخول يتوقف على مضى ثلاثة قروء على ما مر فى مذهبه فيما اذا أسلم أحدهما فى دار الاسلام ولا تأثير لاختلاف الدارين عنده ثم اذا وقعت الفرقة بمضى ثلاث حيض هل يكون طلاقا أم لا ذكر فى السير الكبير انه يكون طلاقا عندهما وروى عنهما انها فرقة بغير طلاق كما هو عند أبى حنيفة لان هذه فرقة وقعت حكما لا بتفريق القاضى وكذلك اذا خرج أحدهما الى دار الاسلام بعد اسلام أحدهما فى دار الحرب لا تقع الفرقة بينهما حتى يمضى ثلاث حيض لعدم ولاية القاضى على من بقى فى دار الحرب وهذه الحيض لا تكون عدة ولهذا يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها ثم ان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول والمرأة حربية فكذلك وان كانت هى المسلمة فكذلك عند أبى حنيفة وعندهما تجب العدة عليها (ولو أسلم زوج الكتابية بقى نكاحها) لانه يجوز له التزوج بها ابتداء ففى البقاء أولى لانه اسهل منه (وتباين الدارين سبب الفرقة) عندنا حتى اذا خرج أحد الزوجين الى دار الاسلام مسلما أو ذميا وقعت البينونة (لا) سبب الفرقة هو (السبى) وقال الشافعى سبب الفرقة هو السبى دون تباين الدارين حتى لو سبى أحد الحربيين أو سبيا معا تقع الفرقة وفى انقطاع نكاح الرقيقين المسبيين معا وجهان فى مذهبه وبقوله قال

مالك

مالك وأحمد قالوا ان تباين الدارين يظهر فى انقطاع الولاية ولا أثر لذلك فى وقوع الفرقة واما السبي فيقتضى صفاء الملك للسابى وهو مستلزم لانقطاع ملك النكاح قلنا ان مصالح النكاح لا تنتظم حقيقة ولا حكما مع تباين الدارين والسبي يوجب ملك الرقبة وأنه لا ينافى ابتداء النكاح فكذا لا ينافى بقاءه فان قلت رده عليه السلام بنته زينب رضى الله عنها الى زوجها بالعقد الاول دليل على ما ذكروا قلت روى انه عليه السلام ردها بعقد جديد فكان المثبت أولى من النافى على أن ما رووه غير صحيح عند أهل النقل فلا يعارض ما روينا لصحته فان قلت فيما روينا حجاج وهو متكلم فيه قلت هذا جرح مبهم فلا يصح وقد وثقه أهل النقل حتى خرج له مسلم ولان ما رووه متروك الظاهر لانه ذكر فيه ان اسلامها كان قبل اسلامه بست سنين وقيل بسنتين وهم لا يرون بقاء النكاح بعد انقضاء عدتها قبل اسلام المتاخر منهما فان قلت قد اباح عليه السلام وطء سبايا أوطاس بعد الاستبراء وقد سبين مع أزواجهن قلت لا نسلم بل سبين وحدهن لان رجالهن قتلوا والله أعلم (وتنكح المهاجرة) الى دار الاسلام من دار الحرب سواء كانت مسلمة أو ذمية (الحائل) يعنى غير الحبلى قيد به لان الحبلى لا يجوز تزوجها حتى تضع وعن أبى حنيفة يصح ولكن لا يطأها حتى تضع (بلا عدة) عند أبى حنيفة لقوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن نفى الجناح عن نكاح المهاجرات مطلقا وعندهما تجب عليها العدة كالذمية اذا أسلمت وبه قالت الثلاثة (وارتداد احدهما) أى أحد الزوجين (فسخ فى الحال) عندهما وقال محمد ان كانت الردة من المرأة فكذلك وان كانت من الزوج فهى فرقة بطلاق اعتبارا بالاباء فى الفصلين وأبو يوسف مر على أصله والفرق لابى حنيفة ان الردة منافية للنكاح والطلاق رافع فتعذر جعلها طلاقا بخلاف الاباء لان القاضى ينوب منابه فى التسريح بالاحسان وعند الشافعى ان كانت الردة بعد الدخول لا تبين منه حتى يمضى ثلاثة قروء وان كانت قبل الدخول تبين فى الحال وقال ابن أبى ليلى لا تقع الفرقة بردة أحدهما ولكن يستتاب فان تاب فهى امرأته وجعله كالاباء وبعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة بالردة حسما لباب المعصية وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن تجبر على النكاح لزوجها بعد الاسلام لان المقصود يحصل بذلك ومشايخ بخارا كانوا على هذا (فللموطوءة) أى للمرأة المدخول بها (المهر) كله سواء كانت الردة منها أو منه لانه تأكد بالدخول فلا يتصور سقوطه (ولغيرها) أى ولغير الموطوأة (نصفه) أى نصف المهر (ان ارتد) أى الزوج لان الفرقة من جهته قبل الدخول فوجب نصف المهر (وان ارتدت) المرأة قبل الدخول (لا) يجب لها شئ لان الفرقة من جهتها (والاباء) عن الاسلام (نظيره) أى نظير الارتداد حتى اذا كان بعد الدخول من أيهما كان يجب المهر كله وان كان قبل الدخول فان كان منه يجب النصف به وان كان منها لا يجب شئ (ولو ارتدا) أى الزوجان (وأسلما معا لم تبن) المرأة وقال زفر تبين قياسا لان ردة أحدهما منافية فردتهما أولى وجه الاستحسان ان بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم تأمرهم الصحابة رضى الله عنهم بتجديد الانكحة وارتدادهم واسلامهم واقع معا لجهالة التاريخ فترك القياس لاجماعهم (وبانت) المرأة (لو أسلما) أى المرتدان اسلاما (متعاقبا)

لانه لما تقدم اسلام أحدهما بقي الآخر على ردته فتحقق الاختلاف وان كان المتأخر اسلاما هي المرأة قبل الدخول سقط المهر وان كان هو الزوج لها نصف المهر ولو كانت نصرانية تحت مسلم فتمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله

هذا (باب) في بيان أحكام (القسم)

وهو بفتح القاف وسكون السين مصدر قسمت الشيء فانقسم وبالكسر واحد الاقسام وبمعنى النصيب ويقال كلاهما بمعنى النصيب ولكن الاول يستعمل في موضع خاص بخلاف الثاني (البكر كالثيب و) المرأة (الجديدة كالقديمة و) المرأة (المسلمة كالكتابية فيه) أي في القسم وكذلك الصحيحة والمريضة والرتقاء والمجنونة التي لا يخاف منها والحائض والنفساء والحامل والحائل والصغيرة التي يمكن وطؤها والمحرمة والمولى عنها والمظاهر منها كلها سواء لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل أي مفلوج رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وقال الشافعي يقيم عند البكر الجديدة سبعا وعند الثيب الجديدة ثلاثا ولا يحتسب عليها بذلك الا اذا طلبت زيادة على ذلك فحينئذ بطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لما روى عن أنس انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى أهله أخرجه الدارقطني وبه قال مالك وأحمد قلنا المراد به التفضيل بالبداءة بالجديدة دون الزيادة أو هو محمول على الصلح (وللحرة ضعف الامة) روى ذلك عن علي رضي الله عنه والمدبرة والمكاتبة كالامة فيه وعن مالك هما سواء (ويسافر) الرجل الذي تحته نسوة (بمن شاء) منهن لانه لا حق لهن في السفر (والقرعة احب) تطييبا لقلوبهن فمن خرجت قرعتها يسافر معها وقال الشافعي تجب القرعة لما روى عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفرا اقرع بين نسائه وأيتهن خرجت قرعتها أو سهمها يخرج بها متفق عليه ولنا ما قلنا والحديث محمول عليه والدليل عليه انه عليه السلام لم تكن التسوية واجبة عليه في الحضر وانما كان يفعله تفضلا (ولها) أي للواحدة منهن (أن ترجع ان وهبت قسمها للاخرى) لانها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط كالمعير يرجع فيها متى شاء

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الرضاع)

هو بكسر الراء وفتحها وكذلك الرضاعة وأنكر الاصمعي الكسر مع الهاء من رضع يرضع من باب علم يعلم ومن باب ضرب يضرب ويقال لئيم راضع للذي يرضع ابله أو غنمه ولا يحلبها كي لا يسمع صوت حلبه فيطلب منه وفي الشرع (هو) أي الرضاع (مص الرضيع) قليلا أو كثيرا (من ثدي الآدمية) احترز به عن ثدي الشاة ونحوها فان الرضاع لا يثبت به (في وقت مخصوص) وهو مدة الرضاع (وحرم به) أي بالرضاع (وان قل) اذا وجد (في ثلاثين شهرا) وهي سنتان ونصف وقوله (ما حرم) في محل الرفع لانه فاعل لقوله وحرم أي حرم بسبب الرضاع الذي حرم (بالنسب) أي بسببه وفيه خلاف في موضعين الاول ان الرضاع قليله وكثيره سواء عندنا وقال الشافعي لا يحرم الا بخمس رضعات يعني مشبعات وبه قال احمد وعنه ثلاث رضعات لما روى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي فيما يقرأ من القرآن رواه مسلم وعنها

انها

انها قالت لاتحرم المصة والمصتان وفى لفظ لايحرم الاملاجة والاملاجتان رواه مسلم هذا النفى مذهبنا والاول لاثبات مذهبه ولنا مطلق النص من غير تقييد بالعدد والتقييد به زيادة وهو نسخ ولاطلاق الاحاديث منها مارواه البخارى ومسلم انه عليه السلام قال يحرم من الرضاع مايحرم من الرحم وفى لفظ مايحرم من النسب ومنها حديث عائشة رضى الله عنها انه عليه السلام قال ان الله حرّم من الرضاع ماحرّم من الولادة متفق عليه ومارواه منسوخ روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال قوله لاتحرم الرضعة والرضعتان كان فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم فجعله منسوخا حكاه عنه أبو بكر الرازى وقال ابن بطال أحاديث عائشة مضطربة فوجب تركها والرجوع الى كتاب الله تعالى لانه يرويه ابن زيد مرّة عن النبى صلى الله عليه وسلم ومرّة عن عائشة ومرّة عن أبيه وبمثله يسقط ومذهبنا مذهب علىّ وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وجمهور التابعين وقال النووى هو قول جمهور العلماء وقال الليث اجمع المسلمون على انّ كثير الرضاع وقليله يحرّم فى المهد كما يفطر الصائم الثانى انّ مدّة الرضاع ثلاثون شهرا عند ابى حنيفة وعندهما سنتان وعند زفر ثلاث سنين وقال بعضهم لاحدّ له للنصوص المطلقة ولنا انّ ارضاع الكبير منسوخ بقوله عليه السلام لارضاع بعد فصال ولايتم بعد احتلام رواه أبو داود ولهما قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين وقوله وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأقل مدّة الحمل ستة أشهر فبقى للفصال حولان وبه قالت الثلاثة الاأنّ مالكا زاد أياما يسيرة عليهما ولم يحدّها وله قوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور بعد قوله تعالى والوالدات يرضعن فثبت انّ بعد الحولين رضاع والمعنى فيه أنه لايمكن قطع الولد عن اللبن دفعة واحدة فلا بدّ من زيادة مدّة يعتاد فيها الصبى مع اللبن للفطام فيكون غذاؤه اللبن تارة والاخرى الطعام الى أن ينسى اللبن وأقل مدّة تنتقل بها العادة ستة أشهر اعتبارا بمدّة الحبل ولزفر ماقاله أبو حنيفة الاأنه قدر الزيادة بالحول الكامل وأبو حنيفة بنصفه (الاأم أخيه وأخت ابنه) استثناء من قوله حرم به فانه يجوز أن يتزوج بهما من الرضاع ولايجوز أن يتزوّج بهما من النسب لانّ أم أخيه من النسب تكون أمه أو موطوأة أبيه بخلاف الرضاع وأخت ابنه من النسب ربيبته أو بنته بخلاف الرضاع ويجوز أن يتزوّج بأخت أخيه من الرضاع كما يجوز أن يتزوّج بأخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كان له أخت من الام جاز لاخيه من أبيه أن يتزوجها وكل مالايحرم من النسب لايحرم من الرضاع وقد يحرم من النسب مالايحرم من الرضاع كما ذكرنا من الصورتين وههنا صور أخرى تجوز من الرضاع دون النسب الاولى يجوز له أن يتزوّج بأم حفدة من الرضاع دون النسب الثانية يجوز له أن يتزوّج بجدّة ولده من الرضاع دون النسب الثالثة يجوز له أن يتزوّج بعمة ابنه من الرضاع دون النسب الرابعة يجوز لها أن تتزوّج بابى أخيها من الرضاع ولايجوز ذلك من النسب الخامسة يجوز له أن يتزوّج أمّ عمه من الرضاع دون النسب السادسة يجوز له أن يتزوّج أم خاله من الرضاع دون النسب والسابعة يجوز لها أن تتزوّج بأخ ابنتها من الرضاع دون النسب (زوج مرضعة لبنها منه) أى من الزوج والجملة صفة للمرضعة (أب للرضيع) واحترز بذلك عن زوج ليس لبنها منه بأن تزوّجت ذات لبن ولبنها بسبب زوج آخر كان لها من قبل رجلا فأرضعت به صبيا فانه لايكون ولدا له من الرضاع وانما

يكون ربيبه من الرضاع حتى يجوز له أن يتزوج بأولاد الزوج الثانى من غيرها واخواته كما في النسب ويكون ولد الزوج الاول مالم تلد من الثانى فاذا ولدت منه فأرضعت به صبيا فهو ولد الثانى بالاتفاق لان اللبن منه وان لم تحبل من الثانى فهو ولد الاول بالاتفاق وان حبلت من الثانى ولم تلد منه بعد فهو ولد الاول عند أبى حنيفة وقال محمد هو منهما استحسانا وقال أبو يوسف ان علم ان اللبن من الثانى بامارة من زيادة فهو ولد الثانى والا فهو للاول وعنه ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثانى غالبا فهو للثانى وان استويا فهو لهما (وابنه) أى ابن زوج المرضعة (اخ) للرضيع (وبنته) أى بنت الزوج (اخت) للرضيع (وأخوه) أى أخ الزوج (عم) للرضيع (واخته) أى أخت الزوج (عمة) للرضيع لاتحل مناكحة أحد من هؤلاء كما فى النسب وعند الشافعى لبنه لايحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها الا بعضه قلنا الحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع ولان الفحل سبب لنزول لبنها بواسطة احبالها فينسب اللبن اليه بحكم السببية (وتحل اخت اخيه رضاعا) أى من حيث الرضاع وهو ظاهر (ونسبا) أى من حيث النسب وهو أن يكون له أخ من أب له أخت من أمه جاز له أن يتزوج بها (ولاحل بين رضيعى ثدى) لانهما اخوان وأراد بهما الصبى والصبية اجتمعا على ثدى واحد لم يجز لاحدهما أن يتزوج بالاخرى فغلب المذكر على المؤنث كما فى القمرين للشمس والقمر والابوين للاب والام والمراد اجتماعهما من حيث المكان بأن رضع أحدهما ثدى امرأة رضعه الآخر لامن حيث الزمان بأن يرتضعا معا فى وقت واحد وليس المراد أن يرضعا معا الثدى الايمن أو الايسر بل المراد أن يرضعا هذه المرأة كيف كان فافهم (و) لا (بين مرضعة) بفتح الضاد وهى الصبية المرضعة (و) بين (ولد مرضعتها) بكسر الضاد أى مرضعة المرضعة لان ولد المرضعة بالكسر يكون أخا للمرضعة بالفتح ولايشترط الاجتماع على ثديها ههنا حتى لاتكون المسئلة مكررة (و) لاحل أيضا بين المرضعة بالفتح وبين (ولد ولدها) أى ولد المرضعة بالكسر لانه ولد أخيها من الرضاعة (واللبن المخلوط بالطعام لايحرم) عند أبى حنيفة مطلقا سواء كان الطعام غالبا أو مساويا لان غير المائع يستتبع المائع وعندهما يحرم اذا كان اللبن غالبا والخلاف فى غير المطبوخ وأما اذا طبخ فلا حكم له اتفاقا مطلقا وشرط القدورى على قول أبى حنيفة رضى الله عنه أن يكون الطعام مستبينا كالثريد قيل هذا اذا لم يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة وأن تقاطر اللبن عند حمل اللقمة تثبت به الحرمة وقيل لاتثبت به الحرمة بكل حال واليه مال السرخسى وهو الصحيح وذكر خواهرزاده ان على قول أبى حنيفة انما لاتثبت الحرمة اذا أكل لقمة لقمة اما اذا حساه حسوا تثبت به الحرمة (ويعتبر الغالب لو) اختلط (بماء ودواء ولبن شاة) لان المغلوب لايظهر فصار مستهلكا وقال الشافعى تثبت به حرمة الرضاع سواء كان غالبا أو مغلوبا لانه شرب لبن المرأة وبه قال أحمد وعند مالك يعتبر المشوب مالم يستهلك أثر اللبن فيما خلط به (و) كذلك يعتبر الغالب لو اختلط بلبن (امرأة اخرى) عندهما وعند محمد تعلق التحريم بهما كيفما كان وهو رواية عن أبى حنيفة وقول زفر لان الجنس لايغلب الجنس بل يكثره ولهما ان القليل مغلوب بالكثير فصار كاللبن والماء وقول محمد أظهر وأحوط وفى الغاية ولم يذكروا الحكم فيما اذا كانا متساويين وينبغى أن تثبت الحرمة احتياطا (ولبن البكر و) لبن (الميتة محرم) بكسر الراء لانه سبب للنشو

خلافا

خلافا للشافعي في لبن الميتة (لا) يحرم (الاحتقان) باللبن لعدم النشو والتحريم باعتباره وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم وعلى هذا الخلاف لو قطر في اذنه أو وصل الى جائفة أو آمة ولو قطر في احليله لا تثبت به الحرمة والسعوط والوجور يثبت بهما التحريم بالاتفاق (و) لا يحرم أيضا (لبن الرجل) لانه ليس بلبن على التحقيق (و) لا لبن (الشاة) لان الحرمة بواسطة الجزئية ولا جزئية بين الآدمي والبهائم (ولو أرضعت) المرأة الكبيرة (ضرتها) الصغيرة (حرمتا) على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا فلا يجوز كما في النسب (ولا مهر للكبيرة ان لم يطأها) يعني ان كان قبل الدخول بها لان الفرقة من قبلها فصارت كردتها قبل الدخول بها حتى لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو اخذ رجل لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة لها نصف المهر لعدم اضافة الفرقة اليها (وللصغيرة نصفه) أي نصف المهر لان الفرقة قبل الدخول لا من قبلها (ويرجع) الزوج (به) أي بنصف المهر الذي لزمه للصغيرة (على الكبيرة ان تعمدت) أي قصدت به (الفساد) أي فساد النكاح بالارضاع (والا) أي وان لم تتعمد الفساد (لا) يرجع به عليها وقال الشافعي يرجع مطلقا تعمدت ذلك أولا لان فساد النكاح بارضاعها وكان مهرها على صدد السقوط فأكدته فيجب عليها وبه قال زفر وأحمد ومحمد في رواية وعند مالك لا يرجع مطلقا والاصح ما قلنا لان ضمان التسبيب يبنى على صفة التعدي ثم تعمد الفساد انما يتحقق اذا أرضعتها بلا حاجة عالمة بقيام النكاح وبأن الارضاع مفسد فان فات شيء منه لم تكن متعمدة والقول في ذلك قولها الا انه لا يعلم الا من جهتها (ويثبت) الرضاع (بما يثبت به المال) وهو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ولا تقبل شهادة النساء المنفردات لان ثبوت الحرمة من لوازم الملك في باب النكاح ثم الملك لا يزول بشهادة النساء المنفردات فلا تثبت به الحرمة وعند الشافعي تثبت بشهادة أربع نسوة وعند مالك بامرأتين وعند أحمد بمرضعة فقط وذكر في الكافي والنهاية أنه لا فرق بين أن يشهد قبل النكاح او بعده وفي المغني خبر الواحد مقبول في الرضاع الطارئ ومعناه أن يكون تحته صغيرة وتشهد واحدة بأنها أرضعت أمه أو اخته أو امرأته بعد العقد وذكره أيضا صاحب الهداية حيث يقول بعد مسائل بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحدة فيه لان القاطع طارئ وعلى هذا ينبغي أن يقبل قول الواحدة قبل العقد لعدم ما يدل على صحة العقد من الاقدام عليه ولعدم ازالة الملك والله اعلم

* هذا (كتاب) في بيان أحكام (الطلاق) *

هو لغة رفع القيد مطلقا مأخوذ من اطلاق البعير وهو ارساله من عقاله وشرعا (هو) أي الطلاق (رفع القيد الثابت شرعا) احترز به عن رفع القيد الثابت حسا وهو حل الوثاق واحترز بقوله (بالنكاح) عن العتق لانه رفع قيد ثابت شرعا لكنه لا بالنكاح وهو أبغض المباحات وجعلت ولايته الى الرجل لانه المالك كالمسترق لها بالمهر ولانهم الاروية لها في أمورها وشرع العدد فيه للتمكن من التدارك عند البداء والندم وانحصر في الثلاث لانه عدد متعين في الشرع وهو أقل الجمع ولا نهاية لاكثره (تطليقها) مرفوع بالابتداء مصدر مضاف الى مفعوله وطوى ذكر الفاعل تقديره تطليق الرجل امرأته (واحدة) نصب على أنه صفة لمصدر محذوف أي طلقة واحدة

(فى طهر) يتعلق بالمبتدا وقوله (لا وطء فيه) أى فى الطهر جملة فى محل الجر على أنها صفة لطهر (وتركها) بالرفع عطف على المبتدا وهو أيضا مصدر مضاف الى مفعوله والفاعل متروك أى وترك هذا المطلق امرأته (حتى تمضى عدتها) أى حتى أن تمضى أى الى أن تمضى عدتها وقوله (أحسن) خبر المبتدا لما روى عن ابراهيم النخعى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تمضى عدتها ولانه أبعد من الندم لتمكنه من التدارك (و) تطليقها (ثلاثا) أى ثلاث طلقات متفرقة (فى) ثلاثة (أطهار حسن وسنى) وقال مالك هو بدعة لان الطلاق محظور فلا يباح الاقدام عليه الا لدفع الحاجة وهو يحصل بالواحدة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعمر رضى الله عنه مر ابنك فليراجعها ثم يدعها حتى تحيض وتطهر ثم يطلقها ثم تحيض وتطهر ثم يطلقها ان أحب (و) تطليقها (ثلاثا) أى ثلاث طلقات متفرقة (فى طهر واحد (او بكلمة) واحدة بأن قال أنت طالق ثلاثا فى طهر طلاق (بدعى) أى منسوب الى البدعة لما روى فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال قلت يارسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك رواه ابن أبى شيبة والدارقطنى واعلم أنه أراد بقوله ثلاثا فى طهر اذا لم يتخلل بين التطليقتين رجعة وان تخللت فلا يكره عند أبى حنيفة وان تخلل التزوج بينهما فلا يكره بالاجماع وقال الشافعى لا تكون الثلاث فى طهر واحد أو فى كلمة بدعة لانه مشروع والحجة عليه ما روينا وذهب جماعة منهم الظاهرية والشيعة الى أن الطلاق الثلاث جملة لا تقع الا واحدة لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر رضى الله عنه واحدة فأمضاه عليهم عمر رضى الله عنه رواه مسلم والبخارى ولنا ما روى من حديث العجلانى وفيه طلقها ثلاثا قبل أن يأمره النبى صلى الله عليه وسلم متفق عليه ولم ينقل انكاره وحديث عائشة رضى الله عنها ان امرأة قالت يارسول الله ان رفاعة طلقنى وبت طلاقى متفق عليه ولم ينقل انكاره وقد روى ذلك نصا عن عمر وعلى وابن عمر رضى الله عنهم أجمعين والجواب عن حديث ابن عباس أنه انكار على من يخرج عن سنة الطلاق بايقاع الثلاث واخبار عن تساهل الناس فى مخالفة السنة فى الزمان المتأخر عن العصرين كأنه قال الطلاق الموقع الآن ثلاثا كان فى ذينك العصرين واحدة (وغير الموطوأة) أى التى لم يدخل بها (تطلق للسنة) وهى الطلقة الواحدة (ولو) كانت (حائضا) وقال زفر لا يطلقها فى حالة الحيض لان قيام النفرة الطبيعية والمنع الشرعى فيه لا يختلف بالدخول وعدمه فصارت كالمدخول بها وبه قال مالك فى رواية ولنا أن الرغبة لا تفتر عن غير المدخول بها حائضا كانت أو طاهرة حتى يحصل مقصوده بخلاف المدخول بها فان طهرها هو زمان تجدد الرغبة (وفرق) الزوج الطلاق (على الاشهر) أى أشهر العدة بأن يطلقها للسنة واحدة فاذا مضى شهر طلقها أخرى فاذا مضى شهر فأخرى (فيمن لا تحيض) لصغر أو كبر أو حمل لقيام الشهر مقام الحيض فى حقها خاصة دون الطهر فى الاصح وله أن يطلقها عقيب الوقاع وقال زفر لا يطلقها فى الحال لكن بعد شهر وأما فى الحامل فانه لو أوقعها عقيب الجماع يجوز بالاجماع ثم ان كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق والعدة عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان

بالاهلة وهى مسئلة الاجارة (وصح طلاقهن) أى طلاق ذوات الاشهر والحامل (عقيب الوطء) من غير فصل وقال زفر يفصل بينهما بشهر فى ذوات الاشهر وقد ذكرناه الآن ولم يذكر الشيخ طلاق الحامل منفردا لانه داخل فى قوله فيمن لا تحيض وحكمها عندهما حكم من لا تحيض فى حق ايقاع الطلاق ابتداء وفى حق التفريق وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة (وطلاق الموطوأة) أى التى دخل بها حال كونها (حائضا بدعى) لما ذكرنا وقال أهل الظاهر لا يقع لانه منهى عنه فلا يكون مشروعا ولنا ما روينا من حديث ابن عمر وكان ابنه قد طلقها فى حالة الحيض لان المراجعة بدون وقوع الطلاق محال (فيراجعها) يعنى اذا كان طلاق الموطوأة بدعيا فالواجب عليه أن يراجعها كذا نص عليه صاحب الهداية عملا بحقيقة الامر فى حديث ابن عمر وقال القدورى يستحب أن يراجعها (فيطلقها فى طهر ثان) يعنى اذا طهرت من تلك الحيضة التى وقع فيها الطلاق ثم حاضت ثم طهرت وهو الطهر الثانى فيطلقها فيه فى ظاهر الرواية وهو المذكور فى الاصل وذكر الطحاوى أنه يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة وقال الكرخى ماذكره الطحاوى قول أبى حنيفة وماذكره فى الاصل قولهما وجه ماذكره الطحاوى ما روى سالم عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت رواه مسلم والاربعة ووجه ماذكر فى الاصل ما رواه نافع عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض وفى رواية تطليقة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر رضى الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر وتحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء رواه الجماعة غير ابن ماجه (ولو قال) رجل (لموطوأته أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر طلقة) لانه مطلق فيتناول الكامل وعند الشافعى وأحمد فى رواية يقعن فى الحال وعند مالك واحدة هذا اذا لم ينو شيأ أو نوى أن يقع عند كل طهر طلقة وكانت هى من ذوات الحيض وان كانت من ذوات الاشهر يقع للحال طلقة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى وكذا الحامل ان لم تكن له نية أو نوى كذلك وان كان قبل الدخول بها وقعت للحال طلقة ثم لا يقع عليها قبل التزوج شىء لان تقدير هذا الكلام أنت طالق ثلاثا لوقت السنة فينصرف الى السنة فى حق كل واحدة منهن (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة أو) نوى أن يقع (عند كل شهر) طلقة (واحدة صحت) نيته وقال زفر لا تصح لانه نوى ضد السنة ولنا أنه نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته ولو قال أنت طالق للسنة ونوى ثلاثا جملة أو متفرقا على الاطهار صح هكذا ذكره السرخسى وشيخ الاسلام وصاحب الاسرار وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وجماعة منهم صاحب الهداية أنه لا يصح نية الجملة فيه (ويقع طلاق كل زوج عاقل) فلا يقع طلاق المجنون (بالغ) فلا يقع طلاق الصبى لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمجنون والمعتوه والمغمى عليه كالمجنون وكذا النائم لا يقع طلاقه والمعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم (ولو) كان المطلق (مكرها) وقال الشافعى طلاق المكره لا يقع لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وبه قال مالك وأحمد ولنا عموم ما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن

جد النكاح والطلاق والرجعة رواه الطحاوي وغيره وقال الترمذي حديث حسن وخرجه الحاكم في المستدرك وقال هذا صحيح الاسناد والمراد بما رواه أحكام الآخرة لان عينه ليس بمراد لوجوده حقيقة وحكمه دنيوي وأخروي فلا يتناولهما لفظ واحد لانهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالاجماع فانتفى الآخر أن يكون مرادا ثم جملة ما يصح من الاحكام مع الاكراه عشرة الطلاق والعتاق والنكاح والعفو عن القصاص والرجعة والايلاء والفيء فيه والظهار واليمين والنذر وقوله (وسكران) عطف على قوله مكرها أي ولو كان المطلق سكران وعند الشافعي في قول وأحمد في رواية لا يقع طلاقه وهو قول الكرخي والطحاوي لانه يعتمد على صحة العقل وهو زائل فصار كما لو زال بدواء أو بنج واختيار أبي الفضل الكرماني أن الفتوى عليه وفي العيون يفتى بالوقوع ولو سكر من الانبذة المتخذة من الحبوب أو العسل لا يقع طلاقه عندهما وعند محمد يقع بناء على أنه حرام أم لا وفي المحيط ذكر عبد العزيز الترمذي سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى رأسه فطلق امرأته قالا ان كان حين شرب يعلم أنه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق وفي الغاية وشرب البنج والدواء يكون غالبا للتداوي فلا يكون زوال العقل بسبب المعصية ولئن وقع على وجه المعصية فلا يقع طلاقه ايضا لان الحكم للغالب لا للنادر ولهذا لو شرب الخمر أو النبيذ فأخذه الصداع فزال عقله بالصداع لا بالسكر لا يقع طلاقه لان زوال العقل لم يحصل بسبب هو معصية وفي التحفة المكره على شرب الخمر أو المضطر اذا شرب فسكر فان طلاقه لا يقع لان هذا ليس بمعصية ثم قال وبعض المشايخ قالوا يقع وقال في الايضاح يقع لان الزوال حصل بفعل هو محظور في الاصل والاول هو الصحيح وقوله (وأخرس) عطف على قوله سكران أي ولو كان أخرس يقع طلاقه (باشارته) اذا كانت تعرف لحاجته اليه وكذا جميع تصرفاته كاعتاقه وبيعه وشرائه وغيرها وفي الينابيع هذا اذا ولد أخرس أو طرأ عليه ودام وان لم يدم لا يقع طلاقه وسواء كان المطلق (حرا أو) كان (عبدا) وانما وقع طلاق العبد على امرأته دون طلاق مولاه لقول ابن عباس رضي الله عنهما جاء النبي عليه الصلاة والسلام رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي عليه السلام المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما انما الطلاق لمن أخذ بالساق رواه ابن ماجه من رواية ابن لهيعة وفيه مقال ورواه الدارقطني من غيره (لا) يقع (طلاق الصبي والمجنون والنائم) لما ذكرنا (و) لا طلاق (السيد على امرأة عبده) لما روينا (واعتباره) أي اعتبار عدد الطلاق (بالنساء) حتى كان طلاق الحرة ثلاثا وطلاق الامة ثنتين حرا كان زوجهما أو عبدا وقال الشافعي يعتبر الطلاق بحال الرجل لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء وبه قال مالك وأحمد ولنا ما روته عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ويروى قرآن رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وقال الترمذي حديث غريب وما رواه موقوف على ابن عباس ذكره أبو الفرج ولئن ثبت فمعناه أن ايقاعه بالرجال دون عدده (فطلاق الحرة ثلاث) أي ثلاث طلقات (و) طلاق (الامة ثنتان) أي طلقتان وقد بيناه

هذا (باب) في بيان أحكام الطلاق (الصريح)

وهو

وهو ماظهر المراد منه ظهورا بيناحتى صار مكشوف المراد ومنه سمى القصر صرحا لظهوره (هو) أى الطلاق الصريح كقوله لامرأته (أنت طالق و) أنت (مطلقة وطلقتك يقع) بهذه الالفاظ طلقة (واحدة رجعية) لانه تعالى أثبت الرجعة بعد الطلاق الصريح فى قوله جل ذكره الطلاق مرتان الآية وقوله (وان نوى) المطلق (الاكثر) أى من واحدة واصل بماقبله (أو) نوى (الابانة أولم ينو شيأ) لماقلنا انه ظاهر المراد فتعلق الحكم بعين الكلام وقال زفر والشافعى ومالك وأحمد يقع مانوى لانه محتمل لفظه قلنا قوله طالق نعت فرد والعدد ضده ولوقال أنت طالق ونوى به الطلاق عن وثاق لم يصدق قضاء ويدين بينه وبين الله تعالى ولوقال أنت طالق عن وثاق لم يقع فى القضاء شئ وكذا لوقال من هذا القيد ولونوى بأنت طالق الطلاق من هذا العمل لم يصدق ديانة وقضاء وعن أبى حنيفة أنه يدين وفى الاختيار ولوقال أنت طالق ثلاثا من هذا العمل طلقت ثلاثا ولا يصدق قضاء أنه لم ينو الطلاق ولوقال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يقع الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا (ولوقال أنت الطلاق أو) قال (أنت طالق الطلاق أو) قال (أنت طالق طلاقا تقع) طلقة (واحدة رجعية) لان ذكر المصدر معرفا ومنكرا للتأكيد وتوصيفها بالطلاق للمبالغة كرجل عدل ولا يحتاج الى النية لانه صريح وهو معنى قوله (بلانية) والباء تتعلق بيقع (أونوى) بهذه الالفاظ طلقة (واحدة) لانه حقيقة كلامه (أو) نوى (ثنتين) أى طلقتين يكون واحدة أيضا لان اللفظ لا يحتمل العدد وقال زفر والشافعى ومالك تصح نية الثنتين لانه اذا صح الثلاث تصح الثنتان لانهما بعضه قلنا انما صحت نية الثلاث لانها جنس الطلاق لا من حيث العددية حتى لو كانت الزوجة أمة صحت نية الثنتين لان ذلك جنس طلاقها (وان نوى ثلاثا) أى ثلاث طلقات (فثلاث) أى فيقع ثلاث لماقلنا (وان أضاف الطلاق الى جملتها) أى الى جملة المرأة بأن قال لها أنت طالق (أو) أضاف (الى مايعبر به عنها) أى عن جملتها (كالرقبة) بأن قال رقبتك طالق (والعنق) بأن قال عنقك طالق (والروح) بأن قال روحك طالق (والبدن) بأن قال بدنك طالق (والجسد) بأن قال جسدك طالق (والفرج) بأن قال فرجك طالق (والوجه) بان قال وجهك طالق (أو) أضاف (الى جزء شائع منها) أى من المرأة (كنصفها) بان قال نصفك طالق (أوثلثها) بأن قال ثلثك طالق (تطلق) المرأة فى هذه الوجوه كلها أما فى الاضافة الى الجملة فظاهر وأما فيما يعبر بها عنها فلانها تذكر ويراد به الجملة وأما فى الجزء الشائع فلانه محل لسائر التصرفات كالبيع ونحوه فكذا يكون محلا للطلاق الا أنه لا يتجزأ فى حق الطلاق فيثبت فى الكل بخلاف البيع لان النفس تتجزأ فى حقه فيقتصر على الجزء المضاف اليه (و) ان أضاف الطلاق (الى اليد) بأن قال يدك طالق (والرجل) بأن قال رجلك طالق (والدبر) بأن قال دبرك طالق (لا) يقع لانها لا يعبر بها عن الجملة وقال زفر والثلاثة يقع لانه جزء مستمتع بالنكاح ولو أضافه الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق لا يقع بالاجماع الا فى رواية عن مالك والشافعى فى قول واختلف فى الظهر والبطن والاصح لا وذكر فى الدم روايتان فان قلت يعبر باليد عن الجميع كقوله تعالى تبت يدا أبى لهب وكذلك القلب كقوله تعالى فانه آثم قلبه قلت لم يعرف استمرار استعمالها لغة ولا عرفا وانما جاء به على وجه الندرة حتى اذا كان عند قوم يعبرون باليد أو بالقلب عن الجملة وقع الطلاق أى شئ كان ذلك العضو (ونصف التطليقة) بالرفع والنصب أما الرفع فعلى أنه مبتدأ

وأما النصب فعلى أنه صفة لمصدر محذوف تقديره قال انت طالق تطليقا نصف التطليقة هذا من حيث التركيب وأما من حيث الايقاع فهو أن يقول أنت طالق نصف تطليقة (أو ثلثها) أى أو ثلث التطليقة بان قال أنت طالق ثلث تطليقة ويجوز فيه الوجهان أيضا الرفع على العطف والنصب على ماذكرنا وقوله (طلقة) بالرفع ليس الا لانه اما خبر عن قوله ونصف التطليقة أو خبر عن مبتدا المحذوف تقديره اذا قال أنت طالق نصف تطليقة أو ثلث تطليقة هو طلقة واحدة لعدم التجزى (وثلاث أنصاف تطليقتين) بالرفع والنصب أيضا على ماذكرناه وقوله (ثلاث) أى ثلاث طلقات بالرفع ليس الا أيضا كماذكرنا صورته قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين يقع ثلاث طلقات لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة أنصاف يقع ثلاث تطليقات ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانهما طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل فى نفسه فيصير ثلاثا ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة وهى مدخول بها طلقت ثلاثا لماذكرنا بخلاف ما اذا قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها حيث تطلق واحدة لان الثانى والثالث معرف فيكون عين الاول بخلاف الاولى لان التطليقة فيها منكر والمنكر اذا أعيد منكرا كان الثانى غير الاول (ولو) قال أنت طالق (من واحدة) الى ثنتين (أو) قال أنت طالق (ما بين واحدة الى ثنتين) تطلق (واحدة) وارتفاع واحدة على انه فاعل لفعل محذوف أو خبر مبتدا المحذوف تقديره فالواقع واحدة وهذا عند ابى حنيفة تدخل الغاية ولا يدخل الانتهاء وعندهما تقع ثنتان لدخول الابتداء والانتهاء جميعا وعند زفر لا يقع شئ لعدم دخولهما (و) لو قال أنت طالق من واحدة (الى ثلاث) فالواقع (ثنتان) عند أبى حنيفة وثلاث عندهما وواحدة عند زفر على الاصل المذكور وقد حاج الاصمعى زفر فى هذه المسئلة على باب الرشيد فقال ماتقول فى رجل قال أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين فقال له ماتقول فى رجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين أيكون ابن تسع سنين فتحير فقال استحسن فى مثل هذا ولو قال من واحدة الى واحدة قيل على الخلاف وقيل يقع واحدة اتفاقا ولو قال ما بين واحدة وثلاث يقع واحدة يروى ذلك عن أبى يوسف (و) لو قال أنت طالق (واحدة فى ثنتين) يقع (واحدة ان لم ينو) الثنتين (أو نوى الضرب) والحساب لان عمل الضرب أثره فى تكثير الاجزاء بعدد المضروب فيه لا فى زيادة المضروب اذ لو أفاد هالم يوجد فى الدنيا فقير وتكثير أجزاء الطلقة الواحدة لا يوجب تعددها مالم تزد الاجزاء على الواحدة وعند زفر ومالك وأحمد والشافعى فى قول يقع ثنتان لعرف الحساب (وان نوى واحدة وثنتين فثلاث) أى فالواقع ثلاث طلقات ان كان مدخولا بها لوجود معنى الجمع وان لم يكن مدخولا بها فواحدة كقوله أنت طالق واحدة وثنتين ولو نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث مطلقا (و) لو قال أنت طالق ثنتين فى ثنتين (فالواقع ثنتان وان نوى الضرب) والحساب أو لم يكن له نية لما ذكرنا ولو نوى ثنتين مع ثنتين أو ثنتين وثنتين وهى مدخول بها فهى ثلاث ولو نوى الضرب أو الظرف يقع ثنتان (و) لو قال أنت طالق (من هنا الى الشأم يقع (واحدة رجعية) وقال زفر بائنة لانه وصف الطلاق بالطول ولنا أنه وصفه بالقصر لان الطلاق متى وقع وقع فى الاماكن كلها ونفسه لا يحتمل القصر لانه ليس بجسم وقصر حكمه يكون

رجعيا وقيل ان قوله الى الشأم للمرأة دون الطلاق حتى لو قال تطليقة الى الشأم يكون بائنا
(و) لو قال أنت طالق (بمكة أو فى مكة أو فى الدار) فالطلاق فى هذه الصور (تنجيز) أى واقع فى
الحال لانه لا اختصاص له بالمكان وكذا لو قال أنت طالق فى ثوب كذا او فى الشمس أو فى الظل
ولو قال أنت طالق الى الشتاء أو الى رأس الشهر يتعلق عندنا خلافا لزفر (واذا) قال أنت طالق
اذا (دخلت مكة) فالطلاق (تعليق) بدخول مكة فلا تطلق حتى تدخلها لوجود حقيقة التعليق
*هذا (فصل) فى اضافة الطلاق الى الزمان لو قال رجل لامرأته (أنت طالق غدا أو فى غد تطلق
عند الصبح) يعنى بطلوع الفجر لانها موصوفة بالطالقية فى جميع الغد وذلك يستلزم وقوعه فى
أول أجزائه وعند مالك يقع فى الحال (ونية العصر) يعنى نية آخر النهار فى الصورتين
المذكورتين (تصح فى) الصورة (الثانية) يعنى فى قوله أنت طالق فى غد ولا تصح فى قوله انت
طالق غدا ومراده فى القضاء وأما ديانة فيصدق فيهما وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يصدق فيهما
قضاء ويصدق فيهما ديانة لانه وصفها بالطالقية فى جميع الغد فيقع فى أول جزء منه ضرورة
فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص وفيه تخفيف عليه فلا يصدق وحرف فى وعدمه
سواء لوجود الظرف وله وهو الفرق أن كلمة فى للظرف وهو لا يقتضى الاستيعاب بل اذا أشغل
جزأ منه يكفى فاذا نوى البعض فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء وان كان فيه تخفيف
بخلاف قوله أنت طالق غدا فانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد وهو الحقيقة فاذا نوى البعض
فقد نوى التخصيص وهو مجاز فلا يصدق اذا كان فيه تخفيف (وفى) قوله أنت طالق (اليوم غدا
أو غدا اليوم يعتبر) المذكور (الاول) حتى يقع فى الاول فى اليوم وفى الثانى فى غد لانه حين
ذكر الاول ثبت حكمه فلا يتغير بذكر الثانى ولو قال أنت طالق اليوم وغدا أو أنت طالق غدا
واليوم تقع واحدة فى الاولى وفى الثانية ثنتان وعند الشافعى فى قول يقع غدا أخرى فى الاولى
وعند زفر يقع واحدة فيهما جميعا ولو قال أنت طالق آخر النهار وأوله تطلق ثنتين ولو قال فى أول
النهار وآخره تطلق واحدة ولو قال لامرأته (أنت طالق قبل أن أتزوجك أو) قال لها أنت طالق
(أمس و) الحال انه قد (نكحها اليوم) فكلامه هذا (لغو) لا يقع به الطلاق لانه اضافه الى وقت
لم يكن مالكا له فيه فلغا كما اذا قال أنت طالق قبل ان اخلق أو قبل ان تخلقى أو طلقتك وأنا صبى
أو نائم أو مجنون وجنونه كان معهودا بخلاف ما اذا قال لعبده أنت حر قبل أن أشتريك أو أنت حر
امس وقد اشتراه اليوم حيث يعتق عليه لاقراره له بالحرية قبل ملكه ألا ترى ان من قال لعبد غيره
اعتقك مولاك ثم اشتراه يعتق عليه (وان) كان (نكحها) اى المرأة (قبل أمس) فيما اذا قال لها
أنت طالق امس (وقع) الطلاق (الآن) أى الساعة لانه لم يسنده الى حالة منافية فصح (و) لو قال
لها (أنت طالق مالم أطلقك او) قال انت طالق (متى لم اطلقك او) قال انت طالق (متى مالم اطلقك
وسكت طلقت) لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حين سكت فيقع
(وفى) قوله أنت طالق (ان لم اطلقك) وفى قوله أنت طالق (اذا لم اطلقك او) انت طالق (اذا مالم
اطلقك لا) تطلق (حتى يموت احدهما) اى احد الزوجين قبل ان يطلق اما فى ان فالمسئلة اتفاقية
لانها للشرط حقيقة وقد علقه بعدم الفعل وتحققه باليأس عن الوقوع وذلك بالموت فيقع فى آخر
جزء من اجزاء حياته او حياتها واما اذا واذا ما فهى كان عند ابى حنيفة لانها تستعمل للشرط

وعندهما هي كتي فيقع الطلاق عليها حين سكت وبه قالت الثلاثة والخلاف فيما اذا لم ينو
أحدهما فان نوى الشرط لا يقع وان نوى الوقت يقع اجماعا ولو قال (أنت طالق مالم أطلقك أنت
طالق) موصولا (طلقت هذه الطلقة) يعني الطلقة المستفادة من قوله أنت طالق الذي في آخر
الكلام والقياس أن يقع ثنتان ان كان مدخولا بها وهو قول زفر لانه اضافه الى زمان خال عن
التطليق وقد وجد وان كان قليلا وهو زمان اشتغاله بالطلاق قبل ان يفرغ منه وجه الاستحسان
ان زمان البر غير داخل في اليمين وهو المقصود به ولا يمكن تحقيقه الا باخراج ذلك القدر عن اليمين
ولو قال لامرأة (انت كذا) اى طالق (يوم اتزوجك فنكحها ليلا حنث) اى وقع الطلاق
(بخلاف الامر باليد) حيث لا يحنث فيه صورته ان يقول لامرأته أمرك بيدك يوم قدوم زيد مثلا
لا يكون أمرها بيدها الا اذا قدم بالنهار والفرق ان اليوم يذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله
تعالى ومن يولهم يومئذ دبره أي وقتئذ ويذكر ويراد به بياض النهار قال تعالى اذا نودي
للصلاة من يوم الجمعة أي نهارها ثم اذا قرن بفعل ممتد يراد به الثاني وبغير ممتد يراد به الاول
ونعني بالممتد ما يقبل التأقيت كالامر باليد والصوم وبغيره ما لا يقبله كالطلاق والتزوج (و)
لو قال لامرأته (أنا منك طالق) فهو (لغو) فلا يقع به الطلاق (وان نوى) الطلاق وقال الشافعي
يقع اذا نوى لانه شرع لازالة النكاح وهو قائم بهما جميعا وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه شرع
لازالة القيد والقيد عليها الا عليه (وتبين) المرأة (في البائن) أي في قوله أنا منك بائن (و) كذا في
(الحرام) بأن قال أنا منك حرام لان الابانة والتحريم ازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما ولو قال أنا
بائن أو حرام ولم يزد عليه تطلق اذا نوى لاحتمال أن يكون له امرأة أخرى فيريدها بذلك (و) لو قال
لها (أنت طالق واحدة اولا أو) قال أنت طالق (مع موتي أو) قال أنت طالق (مع موتك)
فهو (لغو) فلا يقع به الطلاق أما الاول فالمذكور قولهما وعند محمد تطلق واحدة رجعية وهي
رواية عن أبي يوسف لانه أدخل الشك في الواحدة فأسقطت ويبقى قوله أنت طالق واحدة ولهما
ان الشك في الايقاع فصار كقوله انت طالق أولا شئ وأما الثاني والثالث فلانه اضاف الطلاق الى
حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما (ولو ملكها) أي ولو ملك
الزوج امرأته بأن كانت أمة فاشتراها أو اتهبها أو ورثها ونحو ذلك (أو) ملك (شقصها) أي جزأ
منها بأن اشترى نصفها أو ورثه (أو ملكته) المرأة (أو) ملكت (شقصه) أي جزاه بمثل ما ذكرنا
(بطل العقد) أما الاول فلان ملك النكاح ضروري وقد استغني عنه بالاقوى واما في الثاني
فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فان قلت المكاتب اذا اشترى زوجته لا يبطل النكاح
قلت ليس له ملك بل له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح ثم فرع على هذا بالفاء بقوله (فلو اشتراها)
أي فلو اشترى امرأته (وطلقها لم يقع) الطلاق عليها الان وقوعه يستدعي قيام النكاح من كل
وجه او من وجه ولم يوجد وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع وعن محمد انه يقع لان العدة
واجبة هنا اتفاقا وقيام العقد من وجه يكفي لوقوع الطلاق عليها بخلاف ما اذا ملكها هو لانه
لا عدة عليها هنالك حتى حل وطؤها قلنا العدة واجبة هنالك ايضا حتى لا يجوز له ان يزوجها من
غيره حتى تنقضي عدتها ولو اعتقها ظهرت العدة وانما لم تظهر بالنسبة اليه لحل وطئها له بملك
اليمين فتبين ان هذا الفرق غير صحيح (و) اذا قال لزوجته الامة (أنت طالق ثنتين) اى طلقتين

مع

(مع عتق مولاك اياك فأعتق) المولى الامة طلقت ثنتين والزوج (له الرجعة) لانه يطلق وهى حرة والحرة لا تحرم بالطلقتين حرمة غليظة فان قلت كلمة مع للقران فكيف يتصور هذا قلت قد تجىء للتأخر كما فى قوله تعالى انّ مع العسر يسرا اى بعده فان قلت فعلى هذا ينبغى أن يصح قوله لاجنبية انت طالق مع نكاحك ومع هذا لا يصح ولا يقع الطلاق اذا تزوّجها قلت انما تركت الحقيقة فى ذلك باعتبار أنه مالك للطلاق تنجيزا أو تعليقا وفى هذا هو أجنبى فلا يملك اصلا ولكن يملك اليمين فان صح التركيب بذكر حروفه بأن قال ان تزوّجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين (ولو تعلق عتقها) اى عتق الامة (و) تعلقت (طلقتاها) ايضا (بمجىء الغد) بان قال لها مولاها اذا جاء غد فانت حرة وقال زوجها اذا جاء غد فانت طالق ثنتين (فجاء) الغد (لا) يملك الزوج الرجعة عندهما وقال محمد يملك كما فى المسئلة الاولى ولهما انها حرمت عليه بالطلقتين حرمة مغلظة لانّ كلا منهما معلق بمجيئه فيقعان معا لاتحاد شرطهما والعتق يصادفها وهى أمة وكذا الطلاق لاتحاد زمان وقوعهما فتبين بثنتين (وعدّتها ثلاث حيض) بلا خلاف للاحتياط ولو قال (أنت طالق هكذا واشار بثلاث اصابع فهى) أى اشارته هذه (ثلاث) طلقات لانّ الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد عرفا وشرعا كما فى حديث الشهر ولو أشار بالواحدة طلقت واحدة ولو أشار بالثنتين طلقت ثنتين والاشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة ولو نوى الاشارة بالمضمومتين صدق ديانة لا قضاء وكذا لو نوى الاشارة بالكف ولو قال أنت طالق وأشار بأصابعه ولم يقل هكذا فهى واحدة لانّ الاشارة تفسير العدد المبهم ولم يوجد فلغت ويبقى قوله أنت طالق وهو لا يحتمل العدد ولو قال (انت طالق بائن او) أنت طالق (البتة) وانتصابها على المصدرية من بتّ أمره اذا قطع فيه وجزم (او) قال أنت طالق (افحش الطلاق) وانتصابه على انه صفة لمصدر محذوف (او) قال أنت طالق (طلاق الشيطان او) قال أنت طالق طلاق (البدعة أو) قال أنت طالق (كالجبل أو) قال أنت طالق (اشدّ الطلاق أو) قال أنت طالق (كألف او) قال أنت طالق (ملء البيت او) قال أنت طالق (تطليقة شديدة او) قال أنت طالق تطليقة (طويلة او) قال أنت طالق تطليقة (عريضة فهى) أى الطلقة (واحدة بائنة) لانه وصفه بما يحتمله فكان تعيينا لاحد محتمليه فيصح ويترتب عليه موجبه وقال الشافعى يقع واحدة رجعية ان دخل بها لانه شرع معقبا للرجعة وتوصيفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو وعن محمد فى طلاق الشيطان أو البدعة رجعى وعن أبى يوسف فى كالجبل أو مثل الجبل رجعى وعن محمد فى قوله كألف يقع ثلاث عند عدم النية أيضا فصار كقوله كعدد ألف وكذا فى قوله كمائة وبه قال أحمد ولو قال كالنجوم فواحدة وكعدد النجوم فثلاث ومثل التراب واحدة رجعية عند محمد وعدد التراب ثلاث عنده خلافا لابى يوسف ولو قال أنت طالق كثلاث فهى واحدة بائنة عند أبى يوسف وثلاث عند محمد وفى الطويلة والعريضة رجعى عند زفر لانّ الطلاق لا يقبل هذا الوصف فيلغو ولنا أنه يراد به العظم فصار كقوله عظيمة وقيد بقوله (ان لم ينو) بهذه الالفاظ (ثلاثا) لانه ان نواه يقع ثلاثا لانّ البينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فأيهما نوى صحت نيته وان لم ينو شيأ يثبت الادنى للتيقن به بخلاف قوله أفضل الطلاق أو أكمله أو أعدله أو أحسنه أو أجمله حيث يقع واحدة رجعية عند عدم النية أو نوى واحدة أو ثنتين ويحتمل الثلاث لذكر المصدر

* هذا (فصل في) بيان أحكام (الطلاق قبل الدخول) بامرأته * (طلق) رجل امرأته (غير الموطوأة ثلاثا) أى ثلاث طلقات (وقعن) أى الثلاث لانه ايقاع لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة وعند الحسن البصرى تقع واحدة (وان فرّق) الطلاق بان قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة أو قال أنت طالق طالق طالق أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق (بانت) المرأة (بواحدة) لانه مالم يعلق الكلام بشرط أو يذكر فى آخره ما يغير صدره كان كل لفظ ايقاعا على حدة فيقع بالاول وتبين لا الى عدة فتصادفها الثانية وهى بائن فلا تقع وعند مالك وأحمد تطلق ثلاثا اذا كان بعطف وهو قول ابن أبى ليلى وربيعة والشافعى فى القديم (ولو ماتت) المرأة (بعد الايقاع) أى بعد قوله أنت طالق (قبل العدد) أى قبل قوله ثلاثا (لغا) كلامه ولم يقع به شئ لانّ الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكره بطل المحل فلا يقع شئ (ولو قال) لامرأته (انت طالق واحدة وواحدة او) قال أنت طالق واحدة (قبل واحدة او) قال أنت طالق واحدة (بعدها واحدة تقع) طلقة (واحدة) بائنة فى الصور الثلاث جميعا امّا الاولى فلما ذكرنا وأمّا الثانية فلان القبلية صفة للاولى والايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فوقعت الواحدة فبانت بها فلا يقع بعدها وأما الثالثة فلأنّ البعدية صفة للاخيرة وقد حصلت الابانة قبلها فلا تقع (وفى) قوله أنت طالق واحدة (بعد واحدة او) أنت طالق واحدة (قبلها واحدة او) قال أنت طالق واحدة (مع واحدة او) قال أنت طالق واحدة (معها) واحدة فالواقع فى هذه الصور الاربع (ثنتان) أى طلقتان امّا الاولى فلان البعدية صفة للاولى لخلوّ الظرف عن الضمير فاقتضى ايقاع الطلاق الواحد فى الحال وايقاع الأخرى قبلها فيقترنان وقوعا وعند الشافعى تقع واحدة وامّا الثانية فلانّ القبلية صفة للأخرى لاقترانها بالضمير فاقتضى ايقاعها فى الماضى والاولى واقعة فى الحال والايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فيقترنان فى الوقوع جملة وعند الشافعى يقع واحدة وعنه لا يقع شئ وامّا الاخيرتان فلان كلمة مع للمقارنة اقترنت بالضمير أولا وعن أبى يوسف فى قوله معها واحدة يقع واحدة واذا قال لامرأته (ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت) الدار (تقع) طلقة (واحدة) عند أبى حنيفة وعندهما تقع ثنتان لانّ الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع وله أنّ الواو للجمع أو للترتيب فوقع الشك فى الوقوع فلا يقع بالشك الا الاولى (وان اخر الشرط) بأن قال أنت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار (فثنتان) أى فالواقع ثنتان أى طلقتان بالاتفاق لانّ صدر الكلام يتوقف على آخره لوجود المغير فيه فكان فى حكم البيان ولو عطف بالفاء قال الكرخى والطحاوى انه على الخلاف المذكور وذكر أبو الليث أنه يقع واحدة عند الكل ان قدم الشرط وهو الاصح ولو عطف بثم وأخر الشرط فان كان مدخولا بها يقع فى الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط وان كانت غير مدخول بها يقع فى الحال واحدة ويلغو الباقى وان قدم الشرط تعلق الاوّل بالشرط ووقعت الثانية والثالثة ان كانت مدخولا بها وان لم تكن مدخولا بها تعلق الاوّل ووقع الثانى ولغا الثالث عند أبى حنيفة وعندهما تعلق الكل بالشرط قدم الشرط أو اخره الا ان عند وجود الشرط تطلق ثلاثا ان كانت مدخولا بها والا تطلق واحدة

هذا

هذا (باب) في بيان أحكام (الكنايات)

الكناية ما لا يظهر المراد منه الا بنية (لا تطلق) المرأة (بها) أي بالكناية (الا بنيته) أي نية المطلق (أو دلالة الحال) كمذاكرة الطلاق وحالة الغضب والمفهوم من هذا أن الكنايات كلها يقع بها الطلاق بدلالة الحال وليس كذلك وانما يقع ببعضها دون بعض وذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات أيضا ثلاثة أقسام قسم منها يصلح جوابا ولا يصلح ردا ولا سبا وهي ثلاثة ألفاظ أمرك بيدك اختاري واعتدي ومرادفها وقسم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح ردا وهي خمسة ألفاظ خلية برية بتة بائن حرام ومرادفها وقسم يصلح جوابا وردا ولا يصلح سبا وشتيمة وهي خمسة ألفاظ اخرى أخرجي اغربي اذهبي قومي تقنعي ومرادفها ففي حالة الرضا لا يقع الطلاق بشئ منها الا بالنية والقول قوله مع يمينه في عدم النية وفي حالة مذاكرة الطلاق وهي ان تسأله المرأة طلاقها أو يسأله أجنبي يقع في القضاء بكل لفظ لا يصلح للرد وهو القسم الاول والثاني ولا يصدق في قوله في عدم النية وفي حالة الغضب لا يقع بكل لفظ يصلح للسب والرد وهو القسم الثاني والثالث ويقع بكل لفظ لا يصلح لهما بل يصلح للجواب فقط وهو القسم الاول قلت معنى قولهم يصلح جوابا وردا لا غير أي جوابا لسؤال المرأة الطلاق ورد الكلام المرأة عند سؤالها الطلاق وذكروا هذا القسم خمسة وذكره الصدر الشهيد سبعة ألفاظ الخمسة المذكورة واستتري وتخمري وذكر في شرح أبي نصر تزوجي أيضا وهذا في معنى ابتغي الازواج وألحق في شرح الطحاوي بهذا القسم الحقي بأهلك حبلك على غاربك لا سبيل لي عليك لا نكاح بيني وبينك لا ملك لي عليك ومعنى قولهم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح ردا هو أن معنى قوله أنت خلية لاني طلقتك وكذا معنى البواقي ومعنى احتمالها الشتيمة أن المراد أنت خلية عن الخير خلية العذار برية عن الطاعات والمحامد أو عن الاسلام بائن عن كل رشد أو بائن عن الدين بتة عن الاخلاق الحسنة حرام الصحبة والعشرة ويقال حرام مكروه مستخبث قبيح وانما قلنا لا يقع الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال لان ألفاظ الكنايات غير مختصة بالطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح وقال الشافعي لا اعتبار بالدلالة بل لا بد من النية لانه مختار في جميع أحواله أولا يبعد ان يضمر خلاف الظاهر ولنا أن الحال أقوى دلالة من النية لانها ظاهرة والنية باطنة (فتطلق) المرأة (واحدة رجعية في) ألفاظ ثلاثة وهي قوله لها (اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة) ولو نوى واحدة أو ثنتين كما في الصريح اذا لم يذكر المصدر اما الاول فلقوله عليه السلام لسودة بنت زمعة اعتدي ثم راجعها وعند مالك وأحمد تقع بائنة وأما الثاني فانه أمر بالاستبراء بناء على ما سبق من الطلاق وعند مالك وأحمد يقع أيضا بائنة وأما الثالث فعند زفر يقع بها طلقة بائنة لانها كناية وبه قال مالك وأحمد ولنا انه نعت مصدر محذوف وهي طلقة فيكون رجعيا ولا اعتبار باعراب الواحدة عند عامة المشايخ وقيل ان نصبها وقع وان لم ينو وان رفع لا يقع شئ وان نوى وان سكنها يحتاج الى النية لاحتمال الامرين والصحيح الاول (و) يقع (في غيرها) اى في غير هذه الالفاظ الثلاثة طلقة (بائنة) وعند الشافعي الكنايات كلها رواجع لان الواقع بها طلاق فان نوى وقع والا فلا فصار كقوله أنت واحدة ولنا انه بالابانة وبما في معناها تقع البينونة فكان الواقع بها بائنا وقوله (وان نوى) واصل بما قبله يعني وان نوى بالفاظ الكنايات غير الالفاظ

الثلاثة (ثنتين) أى طلقتين فان الواقع أيضا واحدة بائنة خلافا لزفر والثلاثة على مامر (ونصح نية الثلاث) أى فى الكنايات كلها الا فى اختارى على ما يجىء وكان يجب عليه التنبيه على ذلك فاطلاقه فى غير محله وعند مالك يقع ثلاث بالكنايات عند نية الطلاق ونية الواحدة مخصوصة بغير المدخول بها (وهى) أى ألفاظ الكنايات اثنان وعشرون لفظا على ماذكره هنا الاول (بائن) وهو نعت للمرأة من البين والبينونة وهما الفرقة فيحتمل أن يكون عن النكاح وعن المعاصى وعن الخيرات ونحو ذلك الثانى (بتة) من البت وهو القطع فيحتمل الانقطاع عن النكاح أو عن الخيرات أو الاقارب ونحوها الثالث (بتلة) من بتلت الشئ اذا ابنته عن غيره فيحتمل ما يحتمله البت الرابع (حرام) وأصله المصدر كالحرمة ويراد به النعت ومعناه الممنوع فيحتمل ما يحتمله البتة والبتلة الخامس (خلية) من الخلو بضم الخاء من حد دخل فيحتمل الخلو عن الخيرات أو عن قيد النكاح السادس (برية) من البراءة من حد علم فيحتمل البراءة عن حسن الثناء أو عن قيد النكاح السابع (حبلك على غاربك) وهو استعارة عن التخلية والغارب ما تقدم من الظهر وارتفع عن العنق فيحتمل ما يحتمله خلية الثامن (الحقى بأهلك) وهو أمر من لحق من حد علم وفتح الالف وكسر الحاء خطأ فانه يصير من الالحاق وهو فعل متعد والصحيح ان يجعل من اللحوق فيحتمل لانى طلقتك أو سيرى بسيرة أهلك التاسع (وهبتك لاهلك) فيحتمل انى عفوت عنك لاجل أهلك أو وهبتك لهم لانى طلقتك العاشر (سرحتك) الحادى عشر (فارقتك) فيحتملان التسريح والمفارقة بالطلاق وبغيره وقال الشافعى هما صريحان لا يحتاجان الى النية الثانى عشر (امرك بيدك) أى عملك بيدك فيحتمل الامر باليد فى الطلاق فيكون تفويضا له اليها ويحتمل غيره فى تصرف آخر الثالث عشر (اختارى) فيحتمل اختيار نفسها بالفراق عن النكاح أو فى أمر آخر وفى هذين اللفظين لا تطلق حتى تطلق نفسها الرابع عشر (انت حرة) فيحتمل عن حقيقة الرق أو رق النكاح الخامس عشر (تقنعى) وهو أمر بأخذ القناع على وجهها فيحتمل لانك بنت منى بالطلاق وحرم على نظرك أو عن الاجنبى لئلا ينظر اليك السادس عشر (تخمرى) وهو أمر بأخذ الخمار فيحتمل ما يحتمله تقنعى السابع عشر (استترى) وهو أمر بالسترة فيحتمل ما يحتمله ما قبله الثامن عشر (اغربى) بالغين المعجمة والراء المهملة أى تباعدى عنى لانى طلقتك او لزيارة أهلك وروى اعزبى من العزوبة التاسع عشر (اخرجى) وهو مثل ما قبله العشرون (اذهبى) وهو أيضا مثل ما قبله الحادى والعشرون (قومى) وهو مثل اغربى الثانى والعشرون (ابتغى الازواج) أى اطلبيهم فيحتمل لانى طلقتك أو ابتغى الازواج من النساء لان الزوج لفظ مشترك بين الرجال والنساء (ولو قال) لامرأته (اعتدى) واعتدى واعتدى وهو معنى قوله (ثلاثا) أى ثلاث مرات (ونوى بالاول) أى باللفظ الاول من هذه الالفاظ الثلاثة (طلاقا و) نوى (بما بقى) وهما اللفظتان (حيضا صدق) قضاء لانه نوى حقيقة كلامه (وان لم ينو بما بقى شيأ فهى) أى الالفاظ الثلاثة (ثلاث) طلقات لانه لما نوى بالاول الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيتان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق فى نفى النية بخلاف ما اذا قال لم أنو بالكل شيأ حيث لا يقع شئ لانه لا ظاهر يكذبه وهذا يتصور على اثنى عشر وجها الاول أن يقول لم أنو بالكل شيأ فلا يقع شئ الثانى أن يقول نويت الطلاق بالاولى لا غير الثالث أن يقول نويت بالاولى

والثانية

والثانية ولم أنو بالثالثة شيأ الرابع أن يقول نويت بالاولى والثالثة طلاقا ولم أنو بالثانية شيأ الخامس أن يقول نويت بكلها الطلاق ففى هذه الوجوه تطلق ثلاثا السادس أن يقول نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض يدين قضاء فيقع واحدة السابع أن يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهو كما قال يقع ثنتان الثامن أن يقول نويت بالاولى الطلاق ولم أنو بالثانية شيأ ونويت بالثالثة حيضا والتاسع أن يقول نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض ولم انو بالثالثة شيأ يقع فى الوجهين ثنتان والعاشر أن يقول لم أنو بالاولى والثانية شيأ ونويت بالثالثة الطلاق يقع واحدة والحادى عشر أن يقول لم أنو بالاولى شيأ ونويت بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا يقع واحدة والثانى عشر أن يقول لم أنو بالاولى شيأ ونويت بالثانية الطلاق ولم أنو بالثالثة شيأ فهى ثنتان (وتطلق) المرأة (بلست) يعنى بقوله لها لست (لى بامرأة أو) قال (لست لك بزوج ان نوى) بهذين الكلامين (طلاقا) عند أبى حنيفة وقالا لا تطلق لانه نفى النكاح وهو كذب وله أن هذا يصلح انكارا للنكاح ويصلح أن يكون انشاء للطلاق فاذا نوى صحت نيته ووقع ولو قيل له هل لك امرأة فقال لا ونوى به الطلاق لا يقع شئ (و) الطلاق (الصريح يلحق) الطلاق (الصريح) بأن قال أنت طالق ووقعت طلقة ثم قال أنت طالق تقع أخرى لبقاء النكاح (و) الصريح يلحق (البائن) أيضا بأن قال أنت بائن أو خالعها على مال ثم قال أنت طالق وقع عندنا خلافا للشافعى فى الخلع لانه لم يصادف محله ولنا قوله عليه السلام المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة ولان أحكام النكاح قائمة وانما فات الاستمتاع وذلك لا يمنع التصرف فى المحل كفواته بالحيض وغيره (و) الطلاق (البائن يلحق) الطلاق (الصريح) بأن قال لها أنت طالق ثم قال لها أنت بائن يقع طلقة أخرى (لا) يلحق (البائن) البائن بان قال لها أنت بائن ثم قال لها أنت بائن لا يقع الا طلقة واحدة بائنة لانه يمكن جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضرورى حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغى أن يعتبر ويثبت به الحرمة الغليظة (الا اذا كان) البائن (معلقا بان قال ان دخلت الدار فأنت بائن ثم قال انت بائن) ثم دخلت الدار وهى فى العدة تطلق لانه لا يمكنه جعله خبرا لصحة التعليق قبله وعند وجود الشرط هى محل للطلاق فيقع وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى

* هذا (باب) فى بيان حكم (تفويض الطلاق) الى المرأة أو الى الوكيل *

(قال) رجل (لها) أى لامرأته (اختارى) حال كونه (ينوى به) أى بقوله اختارى (الطلاق فاختارت) المرأة (فى مجلسها بانت بواحدة) لان المخيرة لها مجلس العلم باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا بد من النية لانه من الكنايات على ما تقدم والواقع به بائن لانه كناية وعند الشافعى وأحمد رجعى (ولم تصح نية الثلاث) لانه ليس بتمليك وضعا وانما جعل تمليكا على خلاف القياس لاجماع الصحابة لكونه لا ينبئ عن الايقاع ولا عن التفويض والاجماع منعقد على الواحدة وبقى ما وراءه على الاصل وعند مالك يقع ثلاث بلا نية وعند الشافعى يقع ثلاث اذا كان بالنية (فان قامت) المرأة (او اخذت) أى شرعت (فى عمل آخر بطل) الخيار لانه دليل الاعراض فلو كانت فى مكتوبة أو وتر فأتمتها لا يبطل وكذا فى التطوع ان أتمت ركعتين وان أتمت أربعا بطل وعن محمد فى الاربع قبل الظهر لا يبطل ولو كانت قائمة فقعدت فهى على خيارها

وكذلك اذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت وكذا اذا تربعت بعد ان كانت محتبية ولو كانت قاعدة فاضطجعت فعن أبي يوسف روايتان (وذكر النفس او الاختيارة) التي هي مصدر اختارى (في احد كلاميهما) أي كلامي الزوجين (شرط) بأن يقول اختارى نفسك فتقول هي اخترت أو يقول هو اختارى فتقول هي اخترت نفسي ولو قال اختارى فقالت اخترت ليس بشئ لان ذلك عرف باجماع الصحابة وهو في ذكر النفس من احد الجانبين وعند الثلاثة لا يشترط ذلك وفي المحيط لابد من ذكر النفس أو التطليقة أو الاختيارة وفي الشامل قال لها اختارى ثم بائنا فقالت اخترت نفسي لا يقع لان المبانة لا تبان (ولو قال اختارى فقالت انا اختار نفسي او اخترت نفسي تطلق) استحسانا والقياس أن لا تطلق لاحتمال الوعد فلا يتجرد جوابا وهو قول الثلاثة (وان قال لها) أي لامرأته (اختارى اختارى اختارى) ثلاث مرات (فقالت) المرأة (اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة او) قالت اخترت (اختيارة وقع) الطلقات (الثلاث بلا نية) للثلاث عند أبي حنيفة في المسئلة الاولى لان تلك الطلقات ليس بمرتب فصار قولها الاولى أو الوسطى او الاخيرة لغوا وعندهما تطلق واحدة لانها اما اختارت الا واحدة وبه قال الشافعي وأما في الثانية فيقع ثلاث بالاجماع ولا حاجة ههنا الى نية الزوج ولا ذكر النفس بالاجماع لدلالة التكرار عليه ولو قالت اخترت التطليقة الاولى يقع واحدة اجماعا (ولو قالت) في جوابه في المسئلة المذكورة (طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة) أي بطلقة واحدة لان العامل فيه تخيير الزوج دون ايقاعها هكذا ذكر في المبسوط والزيادات وغيرهما وما ذكره في الهداية من أنه يقع رجعيا غلط لا معنى له لانه وان أوقعت بالصريح لكنه لا عبرة لايقاعها بل لتفويض الزوج ولو قال لامرأته (امرك بيدك في تطليقة او) قال لها (اختارى تطليقة فاختارت نفسها طلقت) طلقة (رجعية) لانه جعل اليها الاختيار ولكنه بتطليقة وهي معقبة للرجعة

هذا (فصل في) بيان حكم (الامر باليد) قال لامرأته (امرك بيدك) حال كونه (ينوى) بذلك (ثلاثا فقالت) المرأة في جوابه (اخترت نفسي بواحدة وقعن) أي الثلاث لانه نوى محتمل كلامه وان لم ينو شيأ ثبت الاقل وكذا اذا نوى ثنتين لانه عدد محض والجنس لا يحتمله على ما مر وذكر النفس خرج مخرج الشرط حتى لو لم تذكرها لا يقع كما لا يقع في جواب التخيير الا به والحاصل ان جعل الامر بيدها كالتخيير في المسائل كلها الا في احتمال الثلاثة فانه لا يصح نيته في التخيير كما ذكرنا (وفي) قولها في جوابه في قوله أمرك بيدك (طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة) اما في الاولى فلان الواحدة صفة لمصدر محذوف اى طلقت نفسي تطليقة واحدة واما في الثانية فظاهر وذكر النفس في قولها طلقت نفسي في جواب الامر باليد شرط حتى لو قال لها أمرك بيدك فقالت طلقت ولم تقل نفسي لم يقع شئ ذكره في المحيط وانما كان بائنا لان الاعتبار بتفويض الزوج لا بايقاعها (ولا يدخل الليل في) قوله لامرأته (أمرك بيدك اليوم وبعد غد) حتى لا يكون لها الخيار بالليل لان كل واحد من اليومين ذكر منفردا واليوم المنفرد لا يتناول الليل وقال زفر يدخل كقوله اليوم وغدا وكقوله أنت طالق اليوم وبعد غد (وان ردت) المرأة (الامر) في المسئلة المذكورة (في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان) أمرها (بيدها بعد غد) لانهما أمران لانفصال وقتيهما

فثبت

فثبت لها الخيار فى كل واحد من الوقتين على حدة فيرد أحدهما الا برد الآخر خلافا لزفر رحمه الله (وفى) قوله لها (امرك بيدك اليوم وغدا يدخل) الليل لانه لم يتخلل بين الوقتين وقت من جنسهما لم يتناوله الامر فكان أمرا واحدا فان قلت اليوم ههنا ذكر منفردا فوجب أن لا يتناول الليل كالمسئلة الاولى قلت الجمع بينهما بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كقوله أمرك بيدك يومين ولا يمكن ذلك فى المسئلة الاولى لتخلل وقت من جنسهما لم يدخل تحت اللفظ حتى لو قال هنالك ايضا أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد كان أمرا واحدا (وان ردت) الامر (فى يومها لم يبق) لها الخيار (فى الغد) لما ذكرنا أنه أمر واحد فلا يبقى لها الخيار بعد الرد كما اذا قال لها أمرك بيدك اليوم فردته أول النهار لم يبق لها الخيار فى آخره وعن أبى حنيفة فيما ذكره الكرخى أن لها الخيار فى الغد وعن محمد أنه لو قال لامرأته أمرك بيدك اليوم كان لها الخيار الى غروب الشمس ولو قال أمرك بيدك فى اليوم كان لها الخيار فى المجلس واذا قامت بطل (ولو مكثت) المرأة (بعد التفويض) المطلق (يوما ولم تقم او جلست عنه) أى عن القيام (او اتكأت عن القعود او عكست) بأن قعدت عن الاتكاء (او دعت) أى طلبت (اباها للمشورة) بفتح الميم وضم الشين وفتح الراء وهى المشاورة (او) دعت (شهودا للاشهاد او كانت) هى (على دابة) أو محمل (فوقفت) الدابة (بقى خيارها) لان هذه الاشياء ليست دليل الاعراض حتى لو دعت بطعام فأكلت أو قامت أو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها زوجها أو كانت قاعدة فاضطجعت بطل خيارها لانها دليل الاعراض وكذا لو كانت راكبة فنزلت أو تحولت الى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت ولا فرق بين أن يكون الزوج معها على الدابة أو فى المحمل أو لا يكون وفى المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل (وان سارت) الدابة (لا) يبقى خيارها لان سيرها مضاف اليها (والفلك) أى السفينة (كالبيت) لان جريانها لا يضاف الى راكبها لعدم قدرته على الايقاف والتسيير فيثبت لها الخيار مادامت فى مجلسها فان تحولت بطل كما فى البيت وعن أبى يوسف أن السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

* هذا (فصل فى) بيان حكم (المشيئة * ولو قال) الزوج (لها) أى لامرأته (طلقى نفسك و) الحال أنه (لم ينو) شيأ (أو نوى) طلقة (واحدة فطلقت) نفسها (وقعت) طلقة واحدة (رجعية) اما وقوع الطلاق فلانه ملكه اياها واما كونه واحدة فلانه أمر معناه افعلى فعل الطلاق وهو جنس يقع على الادنى للتيقن ويحتمل الكل عند الارادة والنية وأما كونه رجعيا فلأن المفوض اليها صريح الطلاق وانه معقب للرجعة (وان طلقت) المرأة نفسها (ثلاثا و) الحال أن الزوج (نواه) أى الثلاث (وقعن) لما ذكرنا ولو نوى ثنتين تقع واحدة لما ذكرنا فيما مضى الا أن تكون المنكوحة أمة (و بأبنت) أى بقولها ابنت (نفسى) فى جواب قوله طلقى نفسك (طلقت) لان الابانة من ألفاظ الطلاق وضعا وحكما فيقع ولكنه رجعى لمخالفتها اياه فى الوصف وعن أبى حنيفة لا يقع شئ لانها أتت بغير ما فوض اليها (لا) تطلق (باخترت) أى بقولها اخترت فى جواب قوله طلقى نفسك لان الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق اذ لا يقدر على ايقاع الطلاق به حتى اذا قال لها اخترتك أو اختارى ينوى الطلاق أو قالت هى اخترت نفسى وأجاز الزوج لم يقع به شئ لان وقوع الطلاق به على

خلاف القياس عرف باجماع الصحابة رضى الله عنهم اذا كان جوابا للتخيير فيقتصر على مورده وقوله طلقى ليس بتخيير فيلغو (ولا يملك) الزوج (الرجوع) بعد قوله طلقى نفسك حتى لا يصح نهيه لانه تصرف لازم بخلاف ما اذا قال طلقى ضرتك لانه توكيل وانابة (وتقيد) قوله طلقى نفسك بمجلسها) لان هذا تمليك فيختص بالمجلس ولها الخيار ما دامت فيه فاذا قامت بطل خيارها (الا اذا زاد) الزوج على قوله طلقى نفسك (متى شئت) فيكون لها ان تطلق نفسها بعد القيام أيضا لان كلمة متى عامة فى الاوقات فصار كما اذا قال لها فى أى وقت شئت وكذا اذا شئت واذا ما شئت (ولو قال) رجل (لرجل طلق امرأتى لم يتقيد) قوله هذا (بالمجلس) فله أن يطلقها فى المجلس وبعده لانه توكيل محض لا يشوبه تمليك ولا تعليق ولهذا كان له الرجوع (الا اذا زاد) الموكل على قوله طلق امرأتى (ان شئت) فانه حينئذ يقتصر على المجلس فكان تمليكا معنى وتعليقا صورة فلم يصح رجوعه عنه (ولو قال) الزوج (لها) أى لامرأته (طلقى نفسك ثلاثا) أى ثلاث طلقات (فطلقت) هى نفسها طلقة (واحدة وقعت) طلقة (واحدة) لان من يملك ايقاع الثلاث يملك ايقاع الواحدة ضرورة (لا) يقع شئ (فى عكسه) أى فى عكس الحكم المذكور وهو أن يقول لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثا هذا عند أبى حنيفة وعندهما تطلق واحدة لانها أتت بما تملكه وزيادة فيقع ما تملكه وتلغو الزيادة كما اذا طلقها الزوج الفا وله أنها أتت بغير ما فوض اليها فكانت مخالفة فلا يقع شئ (و) فى قوله (طلقى نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت) نفسها طلقة (واحدة و) فى (عكسه) أى عكس الحكم المذكور وهو قوله طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا (لا) يقع شئ فى الوجهين جميعا اما الاول فلان معناه ان شئت الثلاث فصارت مشيئته الثلاث شرطا لوقوع الثلاث فلم يوجد فلا تقع بخلاف المسئلة المتقدمة لعدم الشرط فيها وأما الثانى وهو قول أبى حنيفة لاجل المخالفة وعندهما تقع واحدة لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة (ولو أمرها) أى المرأة (بالبائن) بان قال لها طلقى نفسك طلقة بائنة (او) أمرها (بالرجعى) بان قال لها طلقى نفسك واحدة رجعية (فعكست) بأن قالت فى الاول طلقت نفسى واحدة رجعية وفى الثانى طلقت نفسى واحدة بائنة (وقع ما امر به) الزوج ويلغو ما وصفت لكونها مخالفة فيه (و) لو قال لها (انت طالق ان شئت فقالت) مجيبة (شئت) أنا (ان شئت) أنت (فقال) الزوج (شئت) حال كونه (ينوى الطلاق او قالت) المرأة (شئت ان كان كذا المعدوم) أى لشئ معدوم بأن قالت مثلا اذا جاء المطر أو سال الميزاب (بطل) كلامها فلا يقع شئ فى الوجهين لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهى أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط فلا يقع شئ ولو قال شئت طلاقك ينوى الايقاع يقع لانه ايقاع مبتدأ فكأنه قال أوجدت أو حصلت طلاقك الا أنه لا بد فيه من النية لانه قد يقصد وجوده وقوعا وقد يقصد وجوده ملكا ولا يقع بالشك بخلاف قوله أردت طلاقك لان الارادة لغة عبارة عن الطلب وليس من ضرورة الطلب الوجود فان قلت الارادة والمشيئة مثلان عند المتكلمين من أهل السنة (قلت) ذلك فى صفات البارى جلت قدرته وكلامنا فى ارادة العباد وجاز أن يكون بينهما تفرقة بالنظر الينا وتسوية بالنظر الى الله تعالى لان ما أراده يكون لا محالة فعلى هذا لو قال لامرأته شائى طلاقك ينوى به الطلاق فقالت شئت يقع وان لم ينو لا يقع ولو قال لها أريدى طلاقك ينوى به الطلاق فقالت أردت لا يقع وكذا لو قال لها أحبى طلاقك أو اهوى

ففعلت لم يقع شئ لان المحبة والهوى نوع تمنّ بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق ان أردت أو أحببت أو رضيت أو هويت ففعلت حيث يقع لوجود الشرط وفى المنتقى لو قال لها رضيت طلاقك يقع يعنى اذا نوى فجعله كالمشيئة وقال صاحب الهداية قوله أردت طلاقك لا ينبئ عن الوجود أى أنّ المشيئة تنبئ عن الوجود والارادة لا فلهذا وقع الطلاق بقوله شئت طلاقك ولم يقع بقوله أردت طلاقك وقال السرخسى فى شرح الكافى المشيئة فى صفات المخلوقين ألزم فى اللغة من الارادة ألا ترى أنّ المشيئة لا تذكر مضافة الى غير العقلاء وقد تذكر الارادة قال الله تعالى فوجدا فيها جدارا يريد أن ينقض فأقامه وقال الاترارى رحمه الله هذا الذى قالوا من الفرق بين الارادة والمشيئة ضعيف لانّ أهل اللغة كالجوهرىّ وصاحب الديوان لم يفرقوا بينهما ولهذا قال الجوهرى فى الصحاح فى كتاب الالف المهموزة المشيئة هى الارادة وقال فى باب الدال الارادة هى المشيئة وكذا قال فى الديوان فعلم ان لا فرق بينهما وقد صرّح أصحابنا فى كتب الكلام أن لا فرق عند أهل السنة بين الارادة والمشيئة وقول شمس الائمة انّ المشيئة لا تذكر مضافة الى غير العقلاء فيه نظر لانّ ابن السكيت أنشد فى الاصلاح

يا مرحبا بحمار عفرا * اذا أتى قربته بما شا * من الشعير والحشيش والما

واسناد الارادة الى الجدار مجاز وكلامنا فى الحقيقة وقد فسروا الارادة بتخصيص أحد المقدورين بالوجود فتكون هى أيضا منبئة عن الوجود ثم يقع الطلاق بقوله شئت طلاقك بالاتفاق فينبغى أن يقع بقوله اردت طلاقك أيضا لانهما سواء فى المعنى لما قلنا يؤيده ما ذكره فى الخلاصة بقوله وقال فى المنتقى وفى القياس كل ذلك سواء (وان كان) قولها شئت ان كان كذا (لشئ مضى) بأن قالت شئت ان قدم زيد من الشام مثلا وكان قد قدم (طلقت) لانّ التعليق بالشئ الكائن تنجيز فان قلت لو كان تنجيزا لكفر بقوله هو يهودى ان كان كذا الامر قد مضى قلت اختلف المشايخ فيه ولنا أن نقول انه كناية عن اليمين بالله تعالى اذا كان مستقبلا وكذا اذا كان ماضيا اعتبارا بالمستقبل (و) لو قال لها (أنت طالق متى شئت أو متى ما شئت أو اذا شئت أو اذا ما شئت فردّت الامر لا يرتدّ) لانه ليس بتمليك قبل المشيئة فلا يرتدّ (ولا يتقيد الايقاع) (بالمجلس) لانّ هذه الالفاظ تعم الاوقات كلها فلها أن توقع فى أىّ وقت شاءت كما لو نص عليه (ولا تطلق) المرأة بهذه الالفاظ اذا شاءت (الا) طلقة (واحدة) لانها تعم الازمان دون الافعال (وفى) قوله لها (كلما شئت) أنت طالق (لها) أى للمرأة (أن تفرق الثلاث) أى توقع ثلاث طلقات متفرقة (ولا تجمع) أى لا توقع الثلاث جملة واحدة لانّ كلما تعم الاوقات والافعال عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فيقتضى ايقاع الواحدة فى كل مرة الى ما لا يتناهى الا أنّ اليمين ينصرف الى الملك القائم لانّ صحتها باعتباره فلا تملك الايقاع بعد وقوع الثلاث اذا رجعت اليه بعد زوج آخر مع صلاحية اللفظ له وهو معنى قوله (ولو طلقت) هى نفسها (بعد زوج آخر) وبعد رجوعها اليه بعد الطلقات الثلاث (لا يقع) لما قلنا وعلى قياس قول زفر يقع لانّ الملك عنده ليس بشرط لبقاء اليمين ولهذا لو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها ثلاثا قبل أن تدخل ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار طلقت ثلاثا وسيجئ مزيد الكلام فيه ان شاء الله تعالى (وفى) قوله أنت طالق (حيث شئت أو أين شئت لم

تطلق حتى تشاء فى مجلسها) فان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها لان حيث وأين للمكان ولا يعلق الطلاق به فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع فى زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا كقوله أنت طالق غدا ونحوه وعموما كقوله أنت طالق فى أى وقت شئت ونحوه فان قلت اذا الغاذكر المكان يبقى قوله أنت طالق شئت فينبغى أن يقع فى الحال فلم يتعلق قلت يحمل الظرف على الشرط لمناسبة بينهما من حيث ان الظرف يجامع المظروف كما أن الشرط يجامع المشروط فعند تعذر الظرف حقيقة يصير كناية عن الشرط مجازا (وفى) قوله أنت طالق (كيف شئت يقع) واحدة (رجعية) قبل مشيئتها (فان شاءت) طلقة (بائنة أو) شاءت (ثلاثا) أى ثلاث طلقات (و) الحال أن الزوج (نواه) أى الثلاث (وقع) ماشاءت من البائنة والثلاثة لوجود المطابقة بين ارادته ومشيئتها حتى اذا اختلفت بين نيته ومشيئتها بأن شاءت خلاف مانوى وقعت واحدة لان مشيئتها لغت فبقى ايقاع الزوج ولو لم تحضره النية يجب أن تعتبر مشيئتها جريا على موجب التخيير وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يقع شئ مالم تشأ فان شاءت أوقعت واحدة رجعية أو بائنة أو ثلاثا بشرط مطابقة ارادته لانه فوض اليها الطلاق بأى وصف شاءت وبه قالت الثلاثة وله أنه أوقع الطلاق وخيرها فى الوصف وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين فيما اذا قامت عن المجلس قبل المشيئة وفيما اذا كان قبل الدخول فانه يقع عنده طلقة رجعية وعندهما لا يقع شئ والرد كالقيام (وفى) قوله لها أنت طالق (كم شئت و) قوله أنت طالق (ماشئت تطلق) نفسها (ماشاءت) واحدة أو ثنتين أو ثلاثا (فيه) أى فى المجلس لان كم اسم للعدد وما عام فيتناول الكل (وان ردت) الامر (ارتد) وكذا اذا قامت بطل خيارها (وفى) قوله لها طلقى نفسك (من ثلاث ماشئت تطلق) نفسها (مادون الثلاث) يعنى واحدة أو ثنتين وليس لها أن تطلق الثلاث عند أبى حنيفة وقالا لها أن تطلق ثلاثا ان شاءت لان ما محكمة فى التعميم ومن قد تكون للتبيين كما فى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وله أن من للتبعيض حقيقة وما للتعميم فيعمل بهما

* هذا (باب) فى بيان أحكام (التعليق) *

وفى بعض النسخ باب الايمان فى الطلاق والاول أصح (انما يصح) أى التعليق أو اليمين (فى الملك كقوله) أى كقول الرجل (لمنكوحته ان زرت) فلانا (فانت طالق أو) كان التعليق أو اليمين (مضافا اليه) اى الى الملك (كان نكحتك) أى كقوله لاجنبية ان تزوجتك (فأنت طالق فيقع) أى فاذا كان كذلك يقع الطلاق (بعده) أى بعد وجود الشرط وهو الزيارة فى الاول والنكاح فى الثانى فان قلت قد شرط أن يكون ملكا أو مضافا الى الملك فكيف مثل بقوله ان نكحتك والنكاح ليس بملك وانما هو اسم للعقد قلت لكونه سببا كأنه قال ان ملكتك بالنكاح من قبيل اطلاق السبب وارادة المسبب وهو شائع ذائع ثم الفصل الاول صحيح بلا خلاف والفصل الثانى هو مذهبنا وهو قول عمر بن الخطاب وابنه عبد الله ورواية عن ابن مسعود رضى الله عنهم وقال الشافعى وأحمد لا يصح هذا التعليق وهو قول ابن عباس وعائشة رضى الله عنهم لقوله عليه السلام لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ولا بيع لابن آدم فيما لا يملك رواه أحمد وابن ماجه وقال مالك ان عمم بأن قال كل امرأة أتزوجها طالق ونحوه

لا يجوز وان خص بلدا أو قبيلة بأن قال كل امرأة من مصر أو من بني تميم أو كل بكر أو ثيب أتزوجها طالق يصح لان في التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا يصح ولنا أن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على وجود ملك المحل كاليمين بالله والحديث لم يصح قاله أحمد وقال أبو الفرج روى من طرق مجتنبة بمرة وقال ابن العربي أخبارهم ليس لها أصل في الصحة فلا يشتغل بها ولئن صح فهو محمول على التنجيز فان قلت هذا تحريم للبضع فلا يجوز قلت ليس بتحريم وانما هو امتناع عن تحصيله ثم الحيلة فيه اذا وقع أن يتولى فضولي تزويجه ثم يجيزه هو النكاح بالفعل لا بالقول ذكره في الفتاوى أو يترافعا الى قاض شافعي فيحكم ببقاء النكاح وبفسخ اليمين بعد دعواهما النكاح والمهر فان أمضاه قاض حنفي بعد ذلك كان أجود ثم فرع على ما ذكره بالفاء بقوله (فان قال لاجنبية ان زرت) فلانا (فأنت طالق فنكحها فزارت لم تطلق) لان التعليق لم يوجد في الملك ولا أضيف اليه وعند ابن أبي ليلى تطلق لان المعتبر عنده في وقوع الطلاق وقت وجود الشرط (وألفاظ الشرط) سبعة على ما ذكره هنا وانما قال ألفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط لان ان هو الحرف وحده والالفاظ الباقية أسماء فافهم الاول (ان) وهو الاصل في الشرطية وغيره ملحق به لما فيه من معنى الشرط وهو عبارة عن أمر منتظر على خطر الوجود يقصد نفيه أو اثباته كقولك ان زرتني أكرمتك فعرفت من هذا ان ان هي الاصل في باب الشرط لدخولها على الفعل وفيه خطر بخلاف سائر ألفاظ الشرط فانها تدخل على الاسم وليس فيه خطر وانما المجازاة بها باعتبار تضمنها معنى ان وكان ينبغي على هذا أن لا يستعمل كل في المجازاة لدخوله على الاسم خاصة الا أن الاسم الذي يتعقبه يوصف بفعل لا محالة فيكون ذلك الفعل في معنى الشرط كقولك كل عبد اشتريه فهو حر (و) الثاني (اذا) وهو للوقت في الاصل وقد استعمل للشرط لدلالة الوقت عليه ويختص بالدخول على الجملة الفعلية ويكون الفعل بعدها ماضيا كثيرا أو مضارعا دون ذلك ولا يعمل الجزم الا في الضرورة (و) الثالث (اذا ما) وأصله اذا زيدت فيه كلمة ما للتوكيد (و) الرابع (كل) وهو اسم موضوع لاستغراق افراد المنكر نحو كل نفس ذائقة الموت والمعرّف المجموع نحو وكلهم آتيه وأجزاء المفرد المعرّف نحو كل زيد حسن فاذا قلت أكلت كل رغيف لزيد كانت لعموم الافراد فاذا أضفت الرغيف الى زيد صارت لعموم أجزاء فرد واحد (و) الخامس (كلما) وأصله كل وزيدت عليه ما للتوكيد ثم قيل يجوز أن يكون حرفا مصدريا والجملة بعده صلة له ويجوز أن يكون اسما نكرة بمعنى وقت (و) السادس (متى) وهو اسم لشرط نحو * متى أضع العمامة تعرفوني (و) السابع (متى ما) وأصله متى وزيدت عليه كلمة ما لما ذكرنا ومن ألفاظ الشرط لو ومن وأي وايان وأين وانى واذما والفرق بين ان ولو ان إن تجعل الفعل للاستقبال وان كان ماضيا ولو تجعله للماضي وان كان مستقبلا كقوله تعالى لو يطيعكم وقال الفراء ان لو تستعمل في المستقبل كان ولهذا روى عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فيمن قال أنت طالق لو دخلت الدار انه بمنزلة قوله ان دخلت الدار ثم الجواب اذا تأخر عن الشرط يكون بالفاء ان لم يؤثر فيه الشرط لا لفظا ولا معنى وذلك في سبع مواضع نظمت في بيت وهي

طلبية واسمية وبجامد * وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وان تقدم فلا تدخل فيه الفاء واختلفوا فيه هل هو الجزاء أو يقدر بعد الشرط من جنسه فلو
قال لامرأته ان دخلت الدار أنت طالق طلقت للحال لعدم الرابط وهو الفاء وان نوى تعليقه
دين وكذا ان نوى تقديمه وعن أبي يوسف لا يتنجز وتضمر الفاء ولو أخر الشرط وأدخل
فيه الفاء لا رواية فيه ويمكن أن يقال يتنجز وان يقال يتعلق ولو قال أنت طالق ان فعند محمد
يتنجز خلافا لابي يوسف ولو قال أنت طالق دخلت الدار يتنجز لعدم التعليق (ففيها) أى
فى ألفاظ الشرط المذكورة (ان وجد الشرط انتهت اليمين) وانحلت لانها غير مقتضية
للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين الا بالشرط (الا فى كلما
لاقتضائه عموم الافعال) فلا تنتهى اليمين بل يحنث كلما وجد المحلوف عليه لا الى نهاية فان قلت
كيف تصح هذه الدعوى والحال أنه لو قال لها كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت ثلاث
مرات فبانت بثلاث ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار لا يقع شئ قلت الدعوى صحيحة
ولكن الفعل الموجود بعد عودها اليه غير الفعل الاول لان المحلوف عليه فى الاول طلقات
ذلك الملك وهى متناهية فيتناهى لاجل ذلك لا لان اللفظ لا يقتضيه حتى لو أضافه الى سبب الملك
بأن قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يكرر دائما لان انعقادها بسبب ما يحدث من الملك
وذلك لا نهاية له ولما كان بين كلما وكل اشتراك فى العموم شبه أحدهما بالآخر بقوله (كاقتضاء
كل عموم الاسماء) غير أن عموم كلما فى الافعال وعموم كل فى الاسماء وعموم الفعل فيه ضرورى
فلو قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة حنث وانحلت اليمين فى حقها وبقيت
فى حق غيرها فاذا تزوجها بعد ذلك لا يقع شئ لعدم تجدد الاسم واذا تزوج غيرها حنث لبقاء
اليمين فى حقها وكذا اذا تزوج أخرى وأخرى بعد أخرى الى ما لا يتناهى ثم فرع على ذلك بالفاء
بقوله (فلو قال كلما تزوجت امرأة) فهى طالق (يحنث بكل مرة) أى يقع الطلاق كلما تزوج
امرأة لان صحة هذا اليمين باعتبار ما سيحدث من الملك وهو غير متناه على ما مر (ولو) كان
التزوج (بعد) تزوج (زوج آخر) لكونها مطلقة بالثلاث وعن أبي يوسف لا يقع شئ
بعد زوج آخر ولا يحنث فى امرأة واحدة مرتين فجعلها ككلمة كل ولو كانت اليمين على
امرأة معينة بأن قال كلما تزوجتك أو كلما تزوجت فلانة تكرر دائما (وزوال الملك) بعد اليمين
(لا يبطل اليمين) لبقاء محله والمراد زواله بطلقة أو طلقتين أما اذا زال بثلاث طلقات فانه يبطلها
الا اذا كانت مضافة الى سبب الملك فحينئذ لا يبطل بالثلاث كما مر صورته قال لامرأته
ان دخلت الدار فأنت طالق ثم أبانها بواحدة وانقضت عدتها ثم تزوجها فدخلت الدار طلقت
أخرى لبقاء الشرط والجزاء اما الشرط فلانه لم يوجد وأما الجزاء فلقيام محله فيبقى اليمين
يبقى اليمين ثم بين ما تفرع عليه بالفاء بقوله (فان وجد الشرط) وهو دخول الدار فى قوله
ان دخلت الدار فأنت طالق (فى الملك) يعنى ملك النكاح بعد تزوجه مرة أخرى بعد ابانته
اياها بعد اليمين (طلقت) لوجود الشرط والمحل قابل لنزول الجزاء (وانحلت اليمين) يعنى انتهت
بانتهاء الشرط والجزاء (والا) أى وان لم يوجد الشرط فى الملك بأن دخلت الدار بعد الابانة
وانقضاء العدة قبل التزوج بها (لا) يقع الطلاق لعدم المحل (وانحلت) اليمين لوجود الشرط
(وان اختلفا) أى الزوجان (فى وجود الشرط) بأن قال الزوج ما دخلت الدار وقالت المرأة

بل دخلتها (فالقول قوله) أى قول الزوج لانه متمسك بالاصل فكان الظاهر شاهداله ولانه ينكر وقوع الطلاق وهى تدعيه (الا اذا برهنت) أى اذا أقامت البينة على دعواها لانها نورت دعواها بالحجة (وما) أى كل شئ (لا يعلم الا منها) أى من جهتها (فالقول لها) أى للمرأة (فى حقها) أى فى حق نفسها واحترز به عن حق غيرها كضرتها وقد مثل لماذكره بقوله (ان حضت فأنت طالق وفلانة) فقالت حضت تطلق هى لانه لا يعلم الا من جهتها ولا تطلق فلانة لانها متهمة فيها فلا يقبل قولها فيها حتى يعلم انها حاضت حقيقة (أو) قال (ان كنت تحبينى فأنت طالق وفلانة) فقالت أحبك تطلق هى دون فلانة لماذكرنا وقوله (فقالت حضت) راجع الى المسئلة الاولى وهى قوله ان حضت وقوله (أو أحبك) راجع الى المسئلة الثانية وهى قوله ان كنت تحبينى وقوله (طلقت هى) أى المرأة المخاطبة (فقط) يعنى دون فلانة جواب المسئلتين جميعا هذا اذا كذبها الزوج وأما اذا صدقها تطلق فلانة أيضا وانما يقبل قولها اذا أخبرت والحيض قائم فاذا انقطع لا يقبل قولها لانه ضرورى فيشترط فيه قيام الشرط ولو قال ان حضت حيضة يقبل فى الطهر الذى يلى الحيضة لانه الشرط ولا يقبل قبله ولا بعده ولو قال ان كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق فقالت أحبك وهى كاذبة طلقت قضاء وديانة عندهما وقال محمد لا تطلق فيما بينه و بين الله تعالى الا اذا كانت صادقة واعلم أن التعليق بالمحبة كالتعليق بالحيض لا يفترقان الا فى شيئين أحدهما ان التعليق بالمحبة يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق والتعليق بالحيض لا يبطل بالقيام كسائر التعليقات والثانى انها اذا كانت كاذبة فى الاخبار تطلق فى التعليق بالمحبة لما قلنا وفى التعليق بالحيض لا تطلق بينه و بين الله تعالى (وبرؤية) المرأة (الدم لا يقع) الطلاق فيما اذا قال لها ان حضت فأنت طالق لانه يحتمل أن تكون مستحاضة فلا يقع بالشك (فان استمر) الدم (ثلاثا) أى ثلاثة أيام (وقع) الطلاق (من حين رأت) الدم لانه بالامتداد تبين انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء وتظهر ثمرة الاسناد فيما اذا كانت المرأة غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان المعلق بالحيض عتق عبد فجنى العبد أو جنى عليه بعد ما رأت الدم قبل أن يستمر فانه يصح نكاحها ويعتبر فى العبد جناية الاحرار (وفى) قوله لها (ان حضت حيضة) فأنت طالق (يقع) الطلاق (حين تطهر) من حيضها وذلك بالانقطاع على العشرة أو بمضى العشرة وان لم ينقطع أو بالانقطاع والاغتسال أو بما يقوم مقام الاغتسال اذا انقطع دون العشرة لان الحيضة اسم للكامل من الحيض وكذلك لو قال ان حضت نصف حيضة لانها لا تتجزأ بخلاف قوله ن حضت لانه يدل على الجنس وهو الحيض ونظير ذلك ان صمت أو ان صمت يوما أو ان صليت صلاة (وفى) قوله لامرأته (ان ولدت) ولدا (ذكرا فأنت طالق) طلقة (واحدة وان ولدت أنثى) (فثنتين) أى فأنت طالق طلقتين (فولدتهما) أى الذكر والانثى جميعا (ولم يدر) أى ولم يعلم (الاول) منهما (تطلق) المرأة طلقة (واحدة قضاء) أى من حيث القضاء والحكم (و) تطلق (ثنتين) أى طلقتين (تنزها) أى من حيث التنزه أى الاحتياط فى الدين حتى لو كان طلقها واحدة أو كانت أمة لا يردها الا بعد زوج آخر (ومضت العدة) لانه يمينان فايهما ولدت أولا يحنث به و يقع جزاؤه فتكون معتدة وانقضاؤها بوضع الثانى لانها حامل به فاذا وضعت

الثانى انقضت العدة وانحلت اليمين الاخرى به لوجود الشرط ولم يقع به شئ لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع وان علم الاول منهما فلا اشكال فيه وان اختلفا فالقول قول الزوج لانه منكر وان ولدت غلاما وجاريتين ولا يدرى الاول يقع ثنتان قضاء وثلاث تنزها ولو ولدت غلامين وجارية تلزمه واحدة قضاء وثلاث تنزها ولو قال ان كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وان كان جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان الحمل اسم للكل فما لم يكن الكل جارية أو غلاما لم تطلق وكذا لو قال ان كان ما فى بطنك غلاما والمسئلة بحالها لان كلمة ما عامة ولو قال ان كان فى بطنك والمسئلة بحالها وقع ثلاث (والملك يشترط لآخر الشرطين) بأن قال ان دخلت دار زيد ودار عمرو فأنت طالق فالشرط لوقوع الطلاق أن يكون آخرهما فى الملك حتى لو طلقها بعد هذا الكلام وانقضت عدتها ثم وجد أحد الشرطين وهى مبانة ثم تزوجها فوجد الشرط الآخر وقع عليها الطلاق المعلق وقال زفر لا يقع حتى يوجد الاول أيضا فى الملك اعتبارا له بالثانى ولنا أن الملك انما يشترط وقت التعليق ليترتب عليه الجزاء وحال وجود الشرط الاول حالة البقاء فلا يشترط فيه الملك وهذه المسئلة تتصور على أربعة أقسام اما أن يوجد الشرطان فى الملك فيقع اتفاقا أو يوجدا فى غير الملك فلا يقع اتفاقا أو يوجد الاول فيه والثانى فى غيره فلا يقع الا عند ابن أبى ليلى أو العكس وهى الخلافية (ويبطل تنجيز الطلقات (الثلاث تعليقه) أى تعليق الثلاث الذى كان قبله صورته أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم نجز الثلاث بطل المعلق حتى لو تزوجها بعد زوج آخر فدخلت الدار لم يقع شئ خلافا لزفر هو يقول المعلق مطلق الطلاق فيبقى اليمين فنزل الجزاء عند الشرط ونحن نقول الجزاء طلقات هذا الملك وقد زال بالتنجيز فان قلت اذا نجز بالطلقتين قبل أن تدخل الدار ثم عادت اليه بعد زوج آخر كيف يكون الحكم قلت تطلق ثلاثا عندهما وعند محمد وزفر تطلق ما بقى من الاول وهذه مبنية على أن الزوج الثانى هل يهدم الطلقة والطلقتين أم لا وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى وثمرة الخلاف لا تظهر فى هذه الصورة لان الحرمة الغليظة تثبت بالاجماع على اختلاف الاصلين وانما تظهر فيما اذا طلقها بعد الرد طلقة واحدة فعندهما لا تحرم حرمة غليظة وعند محمد وزفر تحرم وفيما اذا كان المعلق طلقة واحدة والمسئلة بحالها فدخلت الدار بعد ما ردها بعد زوج آخر تطلق واحدة ولا تثبت الغليظة خلافا لمحمد وزفر فان قلت يشكل ما ذكرتم بما اذا طلقها طلقتين ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت حيث طلق ثلاثا وبما اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فأنت حر ثم باعه لا يبطل اليمين وبما اذا طلقها ثلاثا بعد ما ظاهر منها حيث يبقى الظهار وكذا اذا قال لها ان دخلت الدار فأنت على كظهر أمى ثم نجز الثلاث يبقى اليمين بالظهار حتى لو تزوجها بعد زوج آخر ودخلت الدار صار مظاهر قلت المحل باق بعد الثنتين فى الاول فيبقى اليمين والعبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم يفت حتى لو فات بالعتق لم يبق اليمين والظهار تحريم الفعل لا تحريم الحل الاصلى الا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود فى النكاح بخلاف الطلاق لانه تحريم للحل الاصلى وقد فات بتنجيز الثلاث (ولو علق) الطلقات (الثلاث أو) علق (العتق بالوطء) أى بالجماع بأن قال ان جامعتك فأنت طالق ثلاثا أو قال لامته ان جامعتك فأنت حرة

(لم يجب) عليه (العقر) أى المهر (باللبث) أى بالمكث بعد الادخال بأن لم يخرجه بعد التقاء الختانين وقال أبو يوسف يجب عليه العقر باللبث فيهما لوجود الجماع معنى بعد ثبوت الطلقات الثلاث والحرية ولهما ان الجماع ادخال الفرج فى الفرج ولم يوجد ذلك بعد الطلقات الثلاث والعتق ولو أخرجه ثم أولجه فى الموضعين يجب العقر بالاتفاق (ولم يصر) هذا المعلق (به) أى باللبث (مراجعا فى) الطلاق (الرجعى الا اذا أولج) أى أدخل ايلاجا (ثانيا) عند محمد وقال أبو يوسف يصير مراجعا لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد ان الدوام ليس بتعرض للبضع بخلاف الايلاج بعد الاخراج وعن محمد لو زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة فان لبث على ذلك ولم ينزع وجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستأنف الفعل (ولا تطلق) امرأته الجديدة (فى) قوله لامرأته التى تحته (ان نكحتها) أى فلانة (عليك فهى طالق فنكح) فلانة (عليها) أى على التى تحته (فى عدة) الطلاق (البائن) بان طلقها بائنا ثم تزوج فلانة وهى فى العدة لان الشرط لم يوجد لان التزوج عليها أن يدخل عليها من ينازعها فى الفراش ويزاحمها فى القسم ولم يوجد (ولا) تطلق أيضا (فى) قوله لها (أنت طالق ان شاء الله) حال كون قوله ان شاء الله (متصلا وان ماتت) المرأة (قبل قوله ان شاء الله) لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى رواه النسائى والترمذى ولفظه لم يحنث وقال حديث حسن وقال مالك يقع الطلاق لانه لو لم يشا الله لما أجراه على لسانه والحجة عليه ما رويناه وما جرى على لسانه تعليق لا تطليق وموتها الاينافى التعليق لانه مبطل والموت أيضا مبطل فلا يتنافيان فيكون الاستثناء صحيحا فلا يقع عليه الطلاق بخلاف ما اذا مات الزوج قبل قوله ان شاء الله حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل المغير وهو الاستثناء بأول كلامه وقوله متصلا اشارة الى أنه اذا كان منفصلا لا يصح ومنهم من جوزه فى المجلس وعن ابن عباس رضى الله عنهما جوازه الى سنة وعنه جوازه أبدا ثم اذا سكت قدر ما يتنفس أو يتجشى أو كان بلسانه ثقل وطال فى تردده ثم قال ان شاء الله يصح استثناؤه ولو أراد أن يستثنى فسد انسان فمه فمنعه ثم رفع يده عنه واستثنى متصلا برفعه صح الاستثناء ولو جرى على لسانه ان شاء الله من غير قصد لا يقع الطلاق لوجوده حقيقة وفى الاختيار ولو تنفس باختياره يبطل ولو حرك لسانه بالاستثناء صح عند الكرخى وان لم يكن مسموعا وقال الهندوانى لا يصح مالم يكن مسموعا ثم التعليق بمشيئة الله اعدام وابطال له عندهما وعند أبى يوسف هو تعليق بشرط الا أن يكون الشرط لا يوقف عليه فلا يقع كما لو علقه بمشيئة غائب وثمرة الخلاف تظهر فى مواضع منها اذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء فى الجواب بأن قال ان شاء الله أنت طالق فعندهما لا يقع لانه ابطال فلا يختلف وعند أبى يوسف يقع لان التعليق لا يصح الا بالرابط وهى الفاء كما لو قال ان دخلت الدار أنت طالق وكذا لو قال ان شاء الله وأنت طالق أو قال كنت طلقتك أمس ان شاء الله لا يقع عندهما خلافا لابى يوسف ومنها اذا جمع بين يمينين بأن قال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدى حر ان كلمت زيدا ان شاء الله ينصرف الى الجملة الثانية عند أبى يوسف كالشرط وعندهما الى الكل ولو أدخله فى الايقاعين بأن قال أنت طالق وعبدى حر ان شاء الله ينصرف الى الكل بالاجماع ومنها أنه اذا حلف لا يحلف بالطلاق أو باليمين يحنث بذلك عند أبى يوسف خلافا

لهما وكذا اذا علقه بمشيئة من لا تظهر مشيئته لنا كالجن وكالحائط والملائكة يكون تعليقا أو ابطالا على الاختلاف المذكور ولو قال أنت طالق بمشيئة الله أو بارادته أو بمحبته أو برضاه لا يقع كقوله ان شاء الله وان أضافه الى العبد كان تمليكا منه فيقتصر على المجلس كقوله ان شاء فلان وان قال بحكمه أو بأمره أو بقضائه أو باذنه أو بعلمه أو بقدرته يقع فى الحال سواء أضافه الى الله أو الى العبد وان قال بحرف اللام يقع فى الوجوه كلها سواء أضافه الى الله أو الى العبد وان ذكر بحرف فى ان أضافه الى الله تعالى لا يقع فى الوجوه كلها الا فى العلم فانه يقع الطلاق فيه للحال فالحاصل ان هذه الالفاظ عشرة أربعة منها للتمليك وهى المشيئة والارادة والمحبة والرضا وستة ليست للتمليك وهى الامر والحكم والقضاء والاذن والعلم والقدرة والكل على وجهين اما أن يضاف الى الله أو الى العبد وكل وجه على وجوه ثلاثة اما أن يكون بالباء أو باللام أو بفى فكلها باللام تنجيز مطلقا وكذلك الستة الاخيرة بالباء والاربعة الاول بالباء تعليق ان أضيف الى الله وتمليك ان أضيف الى العبد وكلها بفى ان أضيف الى الله تعليق الا العلم وان أضيف الى العبد فالاربعة الاول تمليك والباقى تعليق (وفى) قوله لها (أنت طالق ثلاثا الا واحدة تقع ثنتان) أى طلقتان (وفى) قوله أنت طالق ثلاثا (الا ثنتين) يقع (واحدة) (و) فى قوله أنت طالق ثلاثا (الا ثلاثا) يقع (ثلاث) لان الاستثناء المستغرق باطل لانه انكار بعد الاقرار بخلاف استثناء البعض من الجملة سواء استثنى الاقل أو الاكثر وهو مذهب الكوفيين الا الفراء منهم فانه قال لا يصح استثناء الاكثر وهو مذهب البصريين ومنهم من اشترط الاقل وأكثرهم على أنه ليس بشرط بل استثناء النصف جائز وعن أبى يوسف ان استثناء الاكثر لا يجوز ثم الاصل فى هذا الباب ان الاستثناء هو تكلم بالباقى بعد الثنيا عندنا وعند الشافعى هو منع الحكم بطريق المعارضة كدليل الخصوص فاذا قال له على عشرة الا خمسة فعندنا هى عبارة عن الخمسة وصار اسما لها وعنده دخلت العشرة كلها ثم خرجت الخمسة بطريق المعارضة كأنه قال له على عشرة الا خمسة فانها ليست على يدل عليه قولهم الاستثناء من النفى اثبات ومن الاثبات نفى قلنا ليس فى وسعه أن يخرج بعض الحكم بعد ثبوته ولانه لو كان بطريق المعارضة لاستوى فيه الكل والبعض كالنسخ ولكان مستقلا ولما صح فى الاخبار لان التعارض فيما يؤدى الى أن أحدهما كذب أو شبه الكذب فعلم بذلك ان قوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما عبارة عن تسعمائة وخمسين لانه سبحانه وتعالى أخبر بأنه لبث فيهم ألف سنة ثم رجع عنه وقولهم الاستثناء من النفى اثبات ومن الاثبات نفى تسامح لانه لولا الاستثناء لدخل فمنعه من الدخول فصار كالمخرج بهذا الاعتبار وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قال على ألف الا مائة أو خمسين يلزمه تسعمائة للشك فى الدخول وعنده يلزمه تسعمائة وخمسون لانه داخل عنده بيقين والشك فى المخرج فيخرج الاقل بيقين ويشترط أن يكون موصولا بخلاف العطف حيث يصح وان كان منفصلا لكونه غير مغير ونقل صاحب الاجناس عن كتاب الطلاق للحسن بن زياد لو قال أنت طالق أربعا الا ثلاثا تقع واحدة ولو قال أنت طالق عشرة الا تسعة كانت طلقة واحدة وفى فتاوى الولوالجى لو قال أنت طالق ثلاثا لا ثلاثا الا واحدة تقع واحدة والله تعالى أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (المريض) فى الطلاق

(طلقها) أى طلق رجل امرأته طلاقا (رجعيا أو) طلاقا (بائنا) حال كونه (فى مرضه) وهو قيد للبائن وأما فى الرجعى فترث منه مطلقا اذا مات وهى فى العدة ولهذا يرثها هو اذا ماتت بخلاف البائن لان السبب هو النكاح وقد زال فلا ينبغى لها ان ترثه كما لا يرثها هو ولكن اذا صار فارا بأن طلقها بعد ما تعلق حقها بماله وكانت وقت الطلاق ممن ترثه بأن كانا حرين متحدى الدين رد عليه قصده على ما يجىء بيانه ان شاء الله تعالى بخلاف ما اذا كانت كافرة وهو مسلم أو كانا مملوكين أو أحدهما وقت الطلاق ثم زال المانع حيث لا ترث لعدم تعلق حقها بماله وقت الطلاق فلا يكون فارا (ومات) الرجل (فى عدتها) أى فى عدة المرأة (ورثت) المرأة منه لبقاء الزوجية بينهما كما ذكرنا (و) اذا مات (بعدها) أى بعد انقضاء عدتها (لا) ترث وقد مر وقال الشافعى فى الجديد لا ميراث للمبانة مطلقا لزوال النكاح بجميع أحكامه وقال مالك ترث مطلقا يعنى قبل انقضاء العدة وبعدها القول عثمان رضى الله عنه فى تماضر بنت الاصبغ امرأة عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه من فر من كتاب الله رد عليه من غير فصل وعند أحمد ترث قبل التزوج بزوج آخر وبعده لا ولنا ان عمر رضى الله عنه كتب الى شريح أن ورث امرأة الفار ما دامت فى العدة وتماضر كانت فى العدة واختلفوا فيمن دام به المرض اكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة اشهر فعندهما لا ترث وعند أبى يوسف ترث وهو مبنى على أصل وهو ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضى به العدة عنده لان الحمل حادث فى العدة من زنا ولهذا لا يثبت نسبه منه لكن تيقنا ببراءة الرحم بعد وضعه فتنقضى به العدة وعندهما يحمل على ان الحمل من زوج تزوجته بعد انقضاء عدتها من الاول لان فى حمله على الزنا اضرارا بالولد فلا يحمل عليه ولا يقبل قولها انه من الزنا فتعين أن عدتها قد انقضت قبل موته فلا ترث (وان أبانها) أى المرأة (بأمرها او اختلعت) المرأة (منه) أى من الزوج (او اختارت نفسها بتفويضه) أى بتفويض الزوج اليها بأن قال لها اختارى نفسك (لم ترث) لرضاها ببطلان حقها بخلاف ما اذا طلقت نفسها ثلاثا فأجاز حيث ترث لان المبطل للارث اجازته وبخلاف النسب لانه لا يقبل الابطال وقال مالك لها الميراث فى جميع ذلك ولو فارقته بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لان الفرقة من قبلها وكذا لو وقعت الفرقة بالتمكين من ابن زوجها الا أن يكون الاب أمره بذلك فقربها الابن مكرهة ولو وجدت هذه الاشياء منها وهى مريضة ورثها الزوج لكونها فارة (وفى) قول المرأة لزوجها (طلقنى) طلقة (رجعية فطلقها) الزوج (ثلاثا) اى ثلاث طلقات (ورثت) لان الطلاق الرجعى لا يزيل النكاح ولهذا يحل له وطؤها ولا تحرم به الميراث فلم تكن بسؤالها اياه راضية ببطلان حقها وكذا لو طلقها واحدة بائنة لما قلنا وفيه خلاف الشافعى (وان ابانها) اى وان ابان الزوج امرأته (بأمرها) اياه (فى مرضه او تصادقا) اى الزوجان (عليها) اى على البينونة انها كانت (فى الصحة و) تصادقا ايضا على (مضى العدة فأقر) لها بدين (او اوصى لها) بشئ ومات (فلها) اى فللمرأة (الاقل منه) اى من الذى أقر به او اوصى (ومن ارثها) عند ابى حنيفة لانهما متهمان فى التصادق وقول المتهم مردود فيجب الاقل وقالا لها جميع ما اقر لها به او اوصى لها به لانها أجنبية

وبه قالت الثلاثة وزفر وقد جعل الشارح مع زفر اصاحبين فى مسئلة الاقرار ومع أبى حنيفة فى مسئلة الوصية ونحن قد ذكرناه مثل ماذكره صاحب المجمع (ومن بارز رجلا) أى تقدم اليه ليقاتله عند اصطفاف الفريقين فى المعركة (أو قدم) الرجل (ليقتل بقود) أى قصاص (او رجم) لاجل الزنا او كان راكب سفينة فانكسرت وبقى على لوح أو افترسه السبع وبقى فى فمه (فابانها) أى فأبان امرأته فى هذه الاحوال (ورثت) المرأة (ان مات) الرجل (فى ذلك الوجه او قتل) على ذلك الوجه لانه فار وانما يثبت حكم الفرار اذا تعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا بأن يكون صاحب فراش وهو الذى لا يقوم بحوائجه فى البيت كما يعتاده الاصحاء وان كان يقدر على القيام بتكلف والذى يقضى حوائجه فيه وهو يشتكى لا يكون فارا وقيل اذا كان يخطى ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره فهو صحيح حكما والا فهو مريض والصحيح ان من عجز عن قضاء حوائجه خارج البيت فهو مريض وان امكنه القيام بها فى البيت اذ ليس كل مريض يعجز عن القيام بها فى البيت كالقيام للبول والغائط واختلفوا فى المسلول والمفلوج وامثالهما قيل ما دام يزداد ما به فهو مريض والا فهو صحيح وعن محمد بن سلمة ان كان لا يرجى برؤه بالتداوى فهو مريض والا فهو صحيح وقال الهندوانى ان كان يزداد ابدا فهو مريض وان كان يزداد مرة ويقل اخرى فهو صحيح وقد يثبت هذا المعنى وهو توجه الهلاك فى غير المريض فيكون فارا اذا ابانها فيه وهو كما ذكرناه من المبارزة ونحوها وعن ابى حنيفة ان طلاق المبارز كطلاق الصحيح (ولو) كان (محصورا) اى محبوسا فى حصن ونحوها (او) كان (فى صف القتال لا) يكون فارا فلا ترث منه المرأة لان الغالب فيه السلامة وكذلك راكب السفينة والنازل فى المسبعة أو فى المخيف من عدوه والمحبوس ليقتل فى حد أو قصاص والمرأة فى جميع ذلك كالرجل حتى لو باشرت سبب الفراق من خيار البلوغ والعتق والتمكين من ابن الزوج والارتداد ونحو ذلك بعد ما حصل لها ما ذكرنا من المرض ونحوه يرثها الزوج لكونها فارة والحامل لا تكون فارة الا اذا جاءها الطلق خلافا لمالك بعد ما تم لها ستة أشهر (ولو علق) الزوج (طلاقها) اى طلاق امرأته (بفعل اجنبى) بأن قال انت طالق ان فعل فلان كذا (او) علق طلاقها (بمجىء الوقت) بأن قال اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق (و) الحال أن (التعليق والشرط) وهو فعل فلان او مجىء رأس الشهر كانا (فى مرضه او) علق طلاقها (بفعل نفسه) سواء كان مما لا بد له منه طبعا كالاكل والشرب او شرعا كالصلاة والصوم او مما له بد منه ككلام زيد ودخول دار (و) الحال ان يكون (هما) اى التعليق والشرط (فى مرضه او) يكون (الشرط) فى مرضه (فقط) يعنى دون التعليق (او) علق طلاقها (بفعلها) اى بفعل المرأة (و) الحال أنه (لا بد) اى لا فراق ولا غنى (لها منه) اى من ذلك الفعل اما طبعا كالاكل والشرب او شرعا كالصوم والصلاة وكلام الاب (و) الحال ان يكون (هما) اى التعليق والشرط (فى المرض او) يكون (الشرط) فيه فقط (ورثت) اى المرأة فى هذه الوجوه لانه فار (وفى غيرها) اى وفى غير هذه الصور المذكورة (لا) ترث وهو ما اذا كان التعليق والشرط فى الصحة فى الوجوه كلها او كان التعليق فى الصحة فيما اذا علقه بفعل الاجنبى أو بمجىء الوقت أو كيفما كان اذا علقه بفعلها الذى لها منه بد وهذا كما قد علمت

على

على أربعة أوجه وهي امّا أن يكون التعليق بمجيء الزمان أو بفعل الاجنبي أو بفعل نفسه
أو بفعل المرأة وكل وجه منها على أربعة أوجه وهي امّا أن يكون التعليق والشرط كلاهما
في المرض أو كلاهما في الصحة أو يكون التعليق في الصحة والشرط في المرض أو العكس فيصير
المجموع ستة عشر وجها الاوّل أن يكون التعليق بفعل أجنبي وكانا في المرض فترث والثاني
أن يكون به وكانا في الصحة فلا ترث والثالث أن يكون به وكان التعليق في الصحة والشرط
في المرض فلا ترث خلافا لزفر والرابع أن يكون به وكانا بالعكس فترث والخامس أن يكون
التعليق بمجيء الوقت وكانا في المرض فترث والسادس أن يكون به وكانا في الصحة فلا ترث
والسابع أن يكون به وكان التعليق في الصحة والشرط في المرض فلا ترث والثامن أن يكون به
وكان بالعكس فترث والتاسع أن يكون التعليق بفعل نفسه وكانا في المرض فترث والعاشر أن
يكون به وكانا في الصحة فلا ترث والحادي عشر أن يكون به وكان التعليق في الصحة والشرط
في المرض فترث والثاني عشر أن يكون به وكان بالعكس فلا ترث والثالث عشر أن يكون
التعليق بفعلها وكانا في المرض فترث والرابع عشر أن يكون به وكانا في الصحة فلا ترث
والخامس عشر أن يكون به وكان الشرط في المرض والتعليق في الصحة فترث والسادس
عشر بالعكس فلا ترث وان نظرنا الى انقسام فعلها الى ما لا بدّ لها منه والى ما لها منه بدّ تكون
القسمة ثمانية عشر وجها لانّ في الاوّل ترث اذا كانا في المرض أو كان الشرط فيه فقط خلافا
لمحمد وفي الثاني لا ترث مطلقا كما ذكرنا (ولو أبانها) أي المرأة بأن طلقها ثلاثا (في مرضه فصح
فمات) بعد ذلك (أو أبانها فارتدّت) المرأة (فأسلمت) بعد الارتداد (فمات) الزوج بعد ذلك
(لم ترث) في الوجهين جميعا امّا في الاوّل فلانه بالبرء تبين انه ليس بمرض الموت وقال زفر ترث لانه
صار متهما بالفرار حين طلقها ظانا انه مرض الموت وامّا في الثاني فلان بارتدادها بطلت أهلية
الارث فبالاسلام لا يعود السبب بخلاف النفقة حيث تعود لانّ سقوطها لفوات الاحتباس
فاذا أسلمت عادت الى حبسه فتعود النفقة (وان طاوعت) المرأة (ابن الزوج) بعدما أبانها في
العدّة ترث لانّ الفرقة حصلت بالابانة لا بالمطاوعة بخلاف ما اذا طاوعت ابن زوجها قبل
الطلاق لانّ الفرقة اذا وقعت بالمطاوعة لا ترث لانه امن جهتها وكذا لو طلقها رجعيا ثم
طاوعت لا ترث (أو لاعن) الزوج بأن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ترث أيضا
لانّ الفرقة بسبب قذف وجد منه فكان فارا ولا فرق بين أن يكون القذف في المرض أو في
الصحة عندهما وقال محمد اذا قذفها في الصحة ولاعنها في المرض لا ترث (أو آلى) الزوج في
المرض ومضت المدّة وهي الاربعة الأشهر وهو مريض فبانت ثم مات وهي في العدّة ترث أيضا
لانه فارّ وأشار الى كون الايلاء في المرض بقوله (مريضا) وهو نصب على الحال من الضمير الذي
في آلى قيد به لانه اذا آلى وهو صحيح لا ترث على ما يجيء الآن وقوله (ورثت) جواب المسائل
الثلاث (وان آلى) حال كونه (في صحته وبانت) المرأة (به) أي بمضي المدّة والحال انه
(في مرضه لا) ترث لان الايلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضي الزمان فكأنه قال لها اذا مضى أربعة
أشهر فأنت بائن وقد بينا ان التعليق اذا كان في الصحة لا ترث خلافا لزفر رحمه الله تعالى

هذا (باب) في بيان أحكام (الرجعة)

هى مصدر من رجع يرجع وفى الشرع (هى) أى الرجعة (استدامة) النكاح (القائم) أى ابقاء النكاح وطلب دوامه على ما كان مادامت (فى العدة) لان النكاح قائم بقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن أى لهم حق الرجعة وهذه الآية الكريمة تدل على شرعيتها وعدم رضاها بها وانما شرطت العدة لانه هو والاجنبى سواء بعدها (وتصح) الرجعة حال كونها (فى العدة ان لم يطلق الزوج (ثلاثا) أى ثلاث طلقات لانه اذا طلقها ثلاثا تحرم عليه حرمة غليظة فلا يتصور فيها الرجعة والتطليقتان فى الامة كالثلاث فى الحرة وقوله (ولو لم ترض) المرأة واصل بما قبله يعنى رضاها ليس بشرط لقيام النكاح والباء فى قوله (براجعتك) تتعلق بقوله تصح أى تصح الرجعة بقول الزوج راجعتك (اوراجعت امرأتى) أوارتجعتك أورددتك أو أمسكتك وهذه كلها صريح ومن الكنايات قوله أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى (و) تصح أيضا (بما) أى بالذى (يوجب حرمة المصاهرة) كالوطء والقبلة واللمس والنظر الى داخل الفرج بشهوة وقال الشافعى لاتصح الا بالقول عند القدرة عليه بأن لا يكون أخرس أو معتقل اللسان وهذا بناء على ان الطلاق الرجعى يحرم الوطء عنده فيكون مثبتا للحل كما هو أصله وعندنا لايحرم فيكون استدامة فكل فعل يدل على الاستدامة يكون به رجعة وهو فعل يختص بالنكاح بخلاف النظر واللمس بغير شهوة لانه قد يحل للطبيب والقابلة والخافضة وتحمل أداء الشهادة فى الزنا ولا يكون بالنظر الى شئ من بدنها سوى الفرج رجعة ورجعة المجنون بالفعل لا القول وقيل بالعكس وقيل بهما (والاشهاد مندوب) أى مستحب (عليها) أى على الرجعة احترازا عن التجاحد وقال الشافعى لاتصح الا به وبه قال مالك وأحمد فى رواية وعن الشافعى فى الجديد كمذهبنا لاطلاق النصوص المقتضية للرجعة والعجب من مالك يشترط فيها الاشهاد ولا يشترطه فى ابتداء النكاح (ولو قال) الزوج (بعد) انقضاء (العدة راجعتك فيها) أى فى العدة (فصدقته) المرأة (تصح) الرجعة لان بالتصادق يثبت النكاح فالرجعة أولى (والا) أى وان لم تصدقه المرأة (لا) تصح الرجعة والقول قولها بغير يمين عند أبى حنيفة لانها صادفت انقضاء العدة فلا تصح وعندهما تصح الرجعة لان عدتها باقية ظاهرا ثم استشهد على الخلافية بالوفاقية بقوله (كراجعتك) أى كقوله لها راجعتك (فقالت) المرأة حال كونها (مجيبة له) أى للزوج (مضت عدتى) فانه لاتصح الرجعة اتفاقا لانها أمينة فاذا أخبرت مقارنا بقوله دل ذلك على سبق الانقضاء بخلاف ما اذا سكتت ثم أخبرت بالانقضاء وعليها اليمين ههنا بالاجماع فان نكلت ثبتت الرجعة (وان قال زوج الامة بعد) انقضاء (العدة) كنت (راجعت فيها) أى فى العدة (فصدقه) أى الزوج (سيدها) أى مولى الامة (وكذبته) أى الزوج الامة (او قالت) الامة (مضت عدتى وانكرا) أى الزوج والمولى انقضاء عدتها (فالقول لها) اى للامة فى المسئلتين اما الاولى فهى قول أبى حنيفة لان الرجعة تبتنى على قيام العدة والقول فيها قولها فكذا فيما يبتنى عليها وعندهما القول قول المولى لان البضع ملكه وهو خالص حقه ولو كان على القلب بان كذبه المولى وصدقته الامة فالقول قول المولى ولاتثبت الرجعة اجماعا فى الصحيح وقيل هى أيضا على الخلاف وقيل لايقضى بشئ حتى يتفق المولى والامة وأما الثانية فلانها أعرف بحالها وهى أمينة فيه فيقبل قولها دون المولى والزوج (وتنقطع) أى الرجعة (ان طهرت) اى المطلقة (من

الحيض الآخر) وهى الحيضة الثالثة (لعشرة) أيام (وان لم تغتسل) وقال زفر لا تنقطع الرجعة
مالم تغتسل اعتبارا بما اذا انقطع الدم لاقل منها وبه قالت الثلاثة ولنا انها خرجت من الحيضة
الثالثة فقد انقضت العدة (و) ان طهرت (لاقل) من عشرة أيام (لا) تنقطع الرجعة (حتى تغتسل
او يمضى) عليها (وقت صلاة او تتيمم وتصلى) بالتيمم فرضا أو نفلا لاحتمال عود الدم فلا بد
من دخولها فى حكم الطاهرات وذلك بما ذكرناه وعند محمد تنقطع الرجعة بالتيمم وحده من غير
الصلاة لان التيمم كالغسل عند عدم الماء وبه قال زفر والثلاثة ولهما أنه ليس بمطهر فى نفسه بل
هو ملوث فاعتبر طهارة للضرورة وهذه الضرورة انما تتحقق اذا أدت الصلاة ولو قرأت القرآن
بعد التيمم أو مست المصحف أو دخلت المسجد قال الكرخى تنقطع الرجعة وقال أبو بكر الرازى
لا تنقطع (ولو اغتسلت ونسيت اقل من عضو تنقطع) الرجعة لانه قليل يتسارع اليه الجفاف
(ولو) نسيت (عضوا) فصاعدا (لا) تنقطع الرجعة لانه كثير لا يتسارع اليه الجفاف ولو تركت
المضمضة والاستنشاق لا تنقطع عند أبى يوسف خلافا لمحمد (ولو طلق) الرجل امرأته وهى (ذات
حمل أو ولدت) امرأته قبل الطلاق فى عصمته فى مدة يتصور ان يكون منه بأن ولدت لستة
أشهر فصاعدا من يوم التزوج (وقال لم أطأها) أى لم أجامعها (راجع) يعنى له أن يراجع لان
الحبل فى المسئلة الاولى متى ظهر فى مدة يتصور أن يكون منه كما ذكرنا جعل منه فكان ذلك دليل
الوطء وكذا فى المسئلة الثانية حيث يثبت نسبه منه فيهما فيتأكد الملك والطلاق فى الملك المتأكد
يعقب الرجعة وبطل زعمه بتكذيب الشرع ولهذا يثبت به الاحصان وانما قيدنا بقولنا قبل
الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضى به العدة فتستحيل الرجعة فان قلت قوله لم أطأها صريح فى
عدم الجماع وثبوت النسب دلالة الجماع والصريح فوقها فكان أولى قلت الدلالة من الشارع
أقوى من صريح العبد لاحتمال الكذب منه دون الشارع (وان خلا بها) أى بامرأته (وقال
لم اجامعها ثم طلقها لا) يراجع اى ليس له الرجعة لانها تثبت فى الملك المتأكد بالوطء وقد انكره
فيصدق فى حق نفسه اذ لم يكن مكذبا شرعا ولا يلزم من وجوب المهر والعدة تكذيبه شرعا لان
المهر لتسليم المبدل وهو التخلية ورفع الموانع والعدة للاحتياط فلم يكن القضاء بهما قضاء
بالدخول بخلاف المسئلة الاولى لان القضاء بثبوت النسب قضاء بالدخول (فان راجعها) اى
المرأة فى المسئلة المذكورة (ثم ولدت) المرأة (بعدها) اى بعد الرجعة (لاقل من عامين) أى من
سنتين من وقت الطلاق (صحت تلك الرجعة) لان العدة لما وجبت ثبت نسب الولد منه وظهر
ان العلوق كان سابقا على الطلاق فنزل واطئا فيكون به مكذبا شرعا (و) لو قال لامرأته (ان
ولدت فأنت طالق فولدت) ولدا (ثم ولدت) ولدا آخر (من بطن آخر) يعنى بعد ستة اشهر من
وقت الولادة الاولى (فهى) اى الولادة الثانية (رجعة) لانه وقع عليها الطلاق بالولادة الاولى
لوجود الشرط ووجبت العدة عليها فيكون الولد الثانى من علوق حادث لوجود اقل مدة الحمل
فيحمل على انه منه فيكون مراجعة بالوطء الحادث وان جاءت به لاكثر من سنتين مالم تقر
بانقضاء عدتها بخلاف ما اذا كان بين الولدين أقل من ستة اشهر فانه لا يكون مراجعة لان
الثانى ليس بحادث بعد الولد الاول لان الطلاق وقع عليها بالولد الاول وهى حامل بالثانى
فتنقضى بوضعه العدة (و) اذا قال لامرأته (كلما ولدت) ولدا (فأنت طالق فولدت ثلاثة

اولاد (في بطون) مختلفة (فالولد الثاني والثالث رجعة) لان بولادة الاول وقع الطلاق فصارت عدتها بالاقراء ثم اذا جاءت بولد آخر من بطن آخر بأن جاءت به بعد ستة أشهر ولو كان لاكثر من سنتين مالم تقر بانقضاء عدتها علم انه من علوق حادث فتثبت به الرجعة وتقع طلقة أخرى بولادته لوجود الشرط وتكون عدتها بالاقراء ثم اذا جاءت بالثالث تبين انه كان راجعها بعد وقوع الثانية وتقع طلقة ثالثة بولادته فتحرم عليه حرمة مغلظة وتكون عدتها بالاقراء ولو جاءت بعد ذلك بولد في بطن آخر لا تثبت به المراجعة لعدم تصورها حقيقة وحكما ولا يثبت نسبه منه لان وطأها حرام عليه الا اذا ادعاه على ما يجيء عن قريب وقوله في بطون احتراز عما اذا كانوا في بطن واحدة وهو ما اذا كان بين الولادتين أقل من ستة أشهر لانها بوضع الاول يقع عليها طلقة لوجود الشرط وهي حامل بالثاني والثالث فتكون عدتها بوضع الحمل واذا وضعت الثاني يقع عليها طلقة أخرى وعدتها باقية على حالها لانها حامل بالثالث ثم اذا وضعت الثالث انقضت عدتها بولادته ولم يقع عليها شيء وان وجد الشرط لان الطلاق لا يقع مقارنا لانقضاء العدة ولهذا ولو لم تلد الثالث لم تقع الثانية أيضا لانقضاء العدة بالثاني (والمطلقة الرجعية تتزين) لقيام النكاح وهو حامل على الرجعة وهي مستحبة أيضا (وندب) أي استحب (أن لا يدخل) الزوج (عليها) أي على المطلقة الرجعية (حتى يؤذنها) أي يعلمها بخفق النعل أو التنحنح ونحو ذلك ومعناه اذا لم يكن من قصده أن يراجعها فيقع بصره عليها وهي متجردة فتحصل الرجعة ثم يطلقها فتطول عليها العدة فيلزمها الضرر (ولا يسافر) الزوج (بها) أي بالمطلقة الرجعية (حتى يراجعها) وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن نزلت في الطلاق الرجعي بدلالة السياق (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) عندنا وقال الشافعي يحرم لان ملك النكاح شرط له وقد زال وبه قال مالك ولنا قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وهم الازواج والتسمية حقيقة تستلزم قيام الزوجية وقيامها يوجب حل الوطء بالاجماع

هذا (فصل) فيما تحل به المطلقة (وينكح) الرجل (مبانته) أي التي أبانها بما دون الثلاث ان كانت حرة وبالواحدة ان كانت أمة (في العدة وبعدها) أي بعد انقضائها لبقاء الحل الاصلي وهو عدم تكامل العدد (لا) ينكح (المبانة بالثلاث) أي بالطلقات الثلاث (لو) كانت المرأة (حرة) (و) لا المبانة (بالثنتين) أي بالطلقتين (لو) كانت المرأة (أمة حتى يطأها) أي يجامعها زوج (غيره ولو) كان الغير صبيا (مراهقا) وهو الداني من البلوغ وقيل الذي تتحرك آلته ويشتهي الجماع والمجنون فيه كالعاقل وكذا الخصي الذي يقدر على الجماع وفي الغاية ان تزوجت بمجبوب وحملت منه حلت للاول وثبت به الاحصان خلافا لزفر وعن أبي حفص ان كان لا ينزل لا يثبت نسبه وكذا لو كانت مفضاة وحبلت من الثاني حلت للاول ولو وطئها في الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاحرام منهما أو من أحدهما حلت للاول خلافا لمالك ولو لف قضيبه بخرقة فجامعها وهي لا تمنع من وصول حرارة فرجها الى ذكره يحلها للاول وفي فتاوى الوبري الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لو أولج بمساعدة يده لا يحلها والباء في (بنكاح) تتعلق بقوله حتى يطأها أي حتى يطأ المبانة بالثلاث زوج آخر بنكاح (صحيح) حتى لا يحلها وطؤها بملك يمين ولا بنكاح فاسد بخلاف اليمين والشرط وطء الزوج الثاني بالكتاب وهو قوله تعالى حتى تنكح

زوجا غيره والمراد منه الوطء حملا للكلام على الفائدة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج هكذا ذكروه ولا يخلو عن مناقشة لانها موطوأة فيلزم أن تكون واطئة وقد قيل يمكن ذلك مجازا كما تسمى زانية بالتمكين منه وبالسنة وهي ما روى عن عائشة رضى الله عنها ان رفاعة ابن سموأل القرظى طلق امرأته تميمة بنت وهب فبت طلاقها فتزوجت بعده بعبد الرحمن ابن الزبير فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت انها كانت تحت رفاعة فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وانه والله ليس معه الا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال لعلك تريدين أن ترجعى الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته متفق عليه وهذا خبر صحيح مشهور تجوز به الزيادة على الكتاب ان كان المراد العقد وان كان الوطء فلا اشكال وبالاجماع فان الامة أجمعت على ان الدخول شرط الحل للاول ولم يخالف فى ذلك الا سعيد بن المسيب والخوارج والشيعة وداود الظاهرى وبشر المريسى وذلك خلاف لا اختلاف لعدم استناده الى دليل ولهذا لو قضى به القاضى لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ويشترط أن يكون موجبا للغسل وهو التقاء الختانين وشذ الحسن البصرى فى اشتراط الانزال قال العسيلة الانزال قلنا ليس فى العسيلة دلالة على الانزال وانما هى كناية عن لذة الجماع (وبمضى عدته) أى عدة النكاح الصحيح بعد زواله بالطلاق من الزوج الثانى وجعل الشارح الضمير فيه عائدا الى الزوج لكونه سببا لها والاول أقرب والثانى أظهر (لا) تحل له المبانة بالثلاث اذا وطئها غيره (بملك يمين) بأن وطئها مولاها بعد طلاق زوجها ثنتين فانه لا يحلها للزوج لان غاية الحرمة بنكاح الزوج الثانى والمولى ليس بزوج (وكره) التزوج (بشرط التحليل) بالقول بأن قال تزوجتك على أن أحللك له أو قالت المرأة ذلك ولو نويا ذلك فى قلبهما ولم يشترطا بالقول لا عبرة له (وان حلت) المبانة بالثلاث (للاول) أى للزوج الاول وهذا واصل بما قبله يعنى يكره شرط التحليل ولكنها تحل للاول وقال أبو يوسف لا ينعقد بشرط التحليل ولا تحل له لان هذا فى معنى شرط التوقيت فيكون فى معنى المتعة فيبطل ولهذا قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا أوتى بمحلل ولا محللة الا رجمتهما وقال ابن عمر رضى الله عنهما لا يزالان زانيين ولو مكثا عشرين سنة وقال عثمان رضى الله عنه ذلك السفاح وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى القديم وقال محمد يصح النكاح ولا تحل للاول لانه ليس بمحظور له ولكنه استعجل بالمحظور فيعاقب بالحرمان ولابى حنيفة قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا يقتضى صحة النكاح والحل للاول والكراهة ثم قيل انما لعن مع حصول الحل لان اشتراط ذلك فى العقد هتك للمروأة واعارة النفس فى الوطء لغرض الغير وهو قلة حمية ولهذا قال عليه السلام هو التيس المستعار ولو ادعت المرأة دخول المحلل صدقت وان أنكره هو وكذا على العكس وان خافت المرأة أن لا يطلقها المحلل فقالت زوجتك نفسى على ان امرى بيدى أطلق نفسى كلما أردت فقبل جاز النكاح وصار الامر بيدها (ويهدم الزوج الثانى ما دون) الطلقات (الثلاث) من طلقة أو طلقتين عند أبى حنيفة وأبى يوسف صورته اذا طلقها وهى حرة طلقة أو طلقتين أو طلقة واحدة وهى أمة فتزوجت بآخر ثم بانت منه وانقضت عدتها ثم عادت الى الاول عادت الحرة على ملك ثلاث

تطليقات والامة بثنتين عندهما وهو قول ابن عباس وابن عمر وأصحاب ابن مسعود رضى الله عنهم وقال محمد تعود بما بقى من الطلقات الثلاث ولا يهدم الزوج الثانى الا الثلاث وبه قال زفر والثلاثة وهو قول على وعمر وأبى بن كعب وعمران بن الحصين وأبى هريرة رضى الله عنهم ولو طلقها ثلاثا وتزوجت بآخر ثم بانت منه وانقضت عدتها وعادت الى الاول عادت بثلاث تطليقات اجماعا (ولو أخبرت مطلقة الثلاث بمضى عدته) أى عدة الزوج الاول أضيفت اليه لكونه سببا لها (و) بمضى (عدة الزوج الثانى و) الحال ان (المدة تحتمله) أى تحتمل اخبارها (له) أى للزوج الاول (أن يصدقها ان غلب على ظنه صدقها) أى صدق المرأة لانه معاملة أو أمر دينى لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا فى أدنى هذه المدة فعند أبى حنيفة شهران فى العدة الاولى يجعل كانه طلقها فى أول الطهر فيجعل طهرها خمسة عشر يوما وحيضها خمسة أيام لان اجتماع أقلهما فى امرأة واحدة نادر فيؤخذ بالوسط فثلاثة أطهار تكون خمسة وأربعين يوما وثلاث حيض تكون خمسة عشر يوما فصارت ستين على تخريج محمد لابى حنيفة وعلى تخريج الحسن يجعل كانه طلقها فى آخر الطهر فيجعل حيضها عشرة أيام وطهرها خمسة عشر يوما فالطهران ثلاثون يوما وثلاث حيض ثلاثون يوما فصارت ستين يوما ومثله فى الثانية بزيادة طهر على تخريج الحسن وعندهما أدنى مدة تصدق فيها المرأة تسعة وثلاثون يوما ومثلها فى الثانية مع زيادة طهر بخمسة عشر يوما هذا فى حق الحرة وفى حق الامة فعنده على تخريج محمد أدناه أربعون يوما وعلى تخريج الحسن خمسة وثلاثون يوما ثم يحتاج الى مثلها فى حق الثانى وزيادة طهر خمسة عشر يوما على رواية الحسن وعندهما احد وعشرون يوما للاول ومثله للثانى وزيادة طهر واحد وعند الشافعى أدنى ذلك أكثر من اثنين وثلاثين يوما طهرها عشرة أيام وحيضها يوم وعند مالك أربعون يوما طهرها عشرة أيام وحيضها ثلاثة أيام وثلث يوم وعند أحمد تسعة وعشرون يوما حيضها ساعة وطهرها تسعة أيام ولو قال ان ولدت فأنت طالق ثلاثا فولدت لم تصدق فى أقل من خمسة وثمانين يوما فى قول أبى حنيفة على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق فى أقل من مائة يوم لان أقصى ما يمكن أن يجعل نفاسا خمسة وعشرون يوما ثم طهرها خمسة عشر بعد ذلك ثم فيها ثلاث حيض وطهران على التخريجين وانما كان كذلك لان ماترى من الدم فى الاربعين لا يكون حيضا وانما هو نفاس لانه فى مدته وماتراه بعد تمام الاربعين يكون حيضا ان تقدمه طهر صحيح وهو خمسة عشر يوما هذا فى حق الزوج الاول وفى حق الثانى تحتاج بعد هذا الى ثلاث حيض فى ثلاثة أطهار على التخريجين وعند أبى يوسف تصدق فى خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما لان مدة النفاس أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثر من أكثر الحيض بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة اطهار هذا فى حق الاول وفى حق الثانى تحتاج بعدها الى ثلاثة اطهار وثلاث حيض وعند محمد تصدق فى أربعة وخمسين يوما وساعة لانه لا غاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة وجب تصديقها ثم الطهر بعده خمسة عشر يوما ثم ثلاث حيض وطهران هذا للزوج الاول وللثانى تحتاج الى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة أطهار هذا فى حق الحرة وفى حق الامة التخريج ظاهر على المذاهب كلها فليتأمل

هذا (باب) في بيان أحكام (الايلاء)

هو مصدر من آلى يولى وهو اليمين لغة وفى الشرع (هو) أى الايلاء (الحلف على ترك قربانها) أى قربان المرأة أى وطئها (اربعة اشهر او اكثر) منها وعند الثلاثة لابد من أكثر والمولى من لا يمكنه قربان امرأته الا بشئ يلزمه ومثل لذلك بقوله (كقوله) أى كقول الرجل لامرأته (والله لا اقربك اربعة اشهر أو) كقوله (والله لا اقربك) فاذا قال ذلك كان موليا لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فتكون مدة الايلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولا نقصان اذ لو كانت المدة أقل من ذلك أو أكثر لم يكن فى التنصيص على الاربعة فائدة وقال الشافعى وأحمد اذا حلف لا يقربها أربعة أشهر لا يكون موليا حتى تزيد مدة المطالبة واشترط مالك زيادة يوم والحجة عليهم ما تلونا وبينا والمسلم والذمى فيه سواء عند أبى حنيفة لان الذمى من أهل اليمين بالله تعالى وعندهما لا يكون الذمى موليا وعند الشافعى يصح ظهاره أيضا وقوله لا أقربك كناية عن الجماع ومنها الوطء والمباضعة والاقتضاض فى البكر والاغتسال منها والاتيان والاصابة والغشيان والمضاجعة والدنو والمس وقوله لا تجمع رأسى ورأسك وسادة أو لا يجتمعان أو لا أبيت معك فى فراش أو لا أقرب فراشك لا يكون بها موليا الا بالنية وفى البدائع الصريح المجامعة والنيك ثم بين حكم الايلاء بالفاء التفسيرية بقوله (فان وطئ) أى امرأته التى آلى منها (فى المدة) أى فى أربعة أشهر (كفر) لانه حنث فى يمينه وقال الحسن البصرى لا تجب الكفارة لقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم قلنا المراد به اسقاط العقوبة فى الآخرة لا سقوط الكفارة المشروعة (وسقط الايلاء) لان اليمين تنحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا ايلاء بدونها (والا) أى وان لم يطأها فى المدة وهى أربعة أشهر حتى مضت (بانت) المرأة منه بتطليقة واحدة وهو قول ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وروى ذلك عن عثمان وعلى رضى الله عنهما وهو قول جمهور التابعين وقال الشافعى لا تبين بمضى المدة ولكن يؤمر أن يفئ اليها أو يفارقها فان فعل والا فرق القاضى بينهما فالخلاف فى موضعين أحدهما ان الفئ عنده يكون بعد مضى المدة وعندنا فى المدة والثانى ان الفرقة لا تقع الا بتفريق القاضى أو بتطليق الزوج عنده وبه قال مالك وأحمد وعن الشافعى لا يفرق ولكن يضيق عليه حتى يفئ أو يطلق وعندنا يقع بمضى المدة واستدلوا بقوله تعالى فان فاؤا فان الفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفئ بعد المدة وجواز التفريق ولنا ما ذكرنا من كبار الصحابة وقراءة ابن مسعود وأبى بن كعب رضى الله عنهما فان فاؤا فيهن فاقتضى أن يكون الفئ فى المدة فيكون حجة عليهم لان قراءتهما لا تنزل عن روايتهما والفاء فى الآية لتعقيب الفئ على الايلاء بدليل جواز الفئ قبل مضى الاشهر ولو كان كما قالوا لما جاز (وسقط اليمين لو) كان (حلف على أربعة اشهر) لان اليمين مؤقتة بوقت فلا تبقى بعد مضيه (وبقيت لو) كان حلف (على الابد) بأن قال والله لا أقربك أبدا أو قال والله لا أقربك ولم يقل أبدا لان مطلقه ينصرف الى الابد كما فى اليمين لا يكلم فلانا فلا يبطل بمضى أربعة أشهر الا أنه لا يتكرر الطلاق ما لم يتزوجها ذكره فى البدائع والتحفة وغيرهما وفى المحيط انها لو بانت بمضى أربعة أشهر بالايلاء ثم مضت اربعة أشهر وهى فى العدة وقعت أخرى فان مضت أربعة أشهر أخرى وهى فى العدة وقعت أخرى ولم يحك خلافا فيه والاول أصح (فلو

نكحها) أي فلو تزوج المبانة بالايلاء نكاحا (ثانيا وثالثا ومضت المدتان) أي مدة الايلاء بعد التزوج الثاني وهي أربعة اشهر ومدة الايلاء أيضا بعد التزوج الثالث وهي أربعة أشهر (بلا فيء) في المدتين (بانت) المرأة (بأخريين) أي بتطليقتين أخريين فتحرم عليه حرمة مغلظة لانه لما تزوجها ثبت حقها في الجماع وبامتناعه صار ظالما فجوزي بازالة نعمة النكاح بمضي مدة الايلاء وذكر في الكافي والهداية ان مدة هذا الايلاء تعتبر من وقت التزوج وقال في الغاية ان تزوجها في العدة يعتبر ابتداء المدة من وقت وقوع الطلاق الاول (فان نكحها) أي المرأة التي بانت منه بالايلاء ثلاث مرات (بعد زوج آخر لم تطلق) بعد ذلك بالايلاء الاول لارتفاعها الان الزائد عليهن ليس في الملك ولا مضافا اليه فلم يصح التعليق فبقيت اليمين من دون ثبوت حكم الايلاء وقال زفر يعود الايلاء لبقاء اليمين (ولو وطئها) اى هذه المبانة بالثلاث التي تزوجها بعد زوج آخر (كفر) عن يمينه (لبقاء اليمين) في حق التكفير وان لم يبق في حق الطلاق (ولا ايلاء فيما دون اربعة اشهر) يعني في الحرة وهو قول ابن عباس وقال ابن ابي ليلى لو حلف على اقل منها يكون موليا وهو قول ابي حنيفة اولا ثم رجع عنه حين بلغه فتوى ابن عباس ولو قال (والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين) فهو (ايلاء) فيكون به موليا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع وقوله بعد هذين الشهرين وقع اتفاقا لانه لو قال شهرين وشهرين كان الحكم كذلك (ولو مكث يوما) بعد ان قال والله لا اقربك شهرين (ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين) لا يكون موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ فلم تتكامل المدة (او قال) لامرأته (لا اقربك سنة الا يوما) لا يكون موليا ايضا عندنا وقال زفر يكون موليا في الحال لان الاستثناء ينصرف الى اليوم الآخر ولنا انه استثنى يوما منكرا فله جعل ذلك اليوم اي يوم اختاره من السنة تعين ثم اذا قربها يوما من السنة فان كان بعد يوم القربان اربعة اشهر كان موليا وان بقي اقل منها لم يكن موليا وان كانت اليمين مطلقة بأن قال والله لا اقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فان قربها صار موليا ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما اقربك فيه لا يكون موليا أبدا (او قال) رجل وهو مقيم (بالبصرة) وامرأته بمكة (والله لا ادخل مكة و) الحال انها (هي) أي المرأة (بها) اى بمكة اى فيها لا يكون موليا ايضا لانه يمكنه ان يقربها في المدة بغير شيء يلزمه بأن يخرجها من مكة وقوله (لا) يكون موليا جواب المسائل الثلاث (وان حلف بحج) بأن قال ان قربتك فلله علي حجة (او) حلف بذكر (صوم) بان قال ان قربتك فلله علي صوم شهر (او صدقة) بأن قال ان قربتك فلله علي ان اتصدق بمائة درهم مثلا (او عتق) بأن قال ان قربتك فلله علي عتق رقبة او فعبدي حر (او طلاق) بان قال ان قربتك فامرأتي طالق هي أو غيرها (أو آلى من المطلقة الرجعية[*] فهو) اى الحالف بهذه الاشياء (مول) لان المنع باليمين قد تحقق بخلاف اليمين بالصلاة والصوم عند ابي حنيفة وأبي يوسف لانه يسهل ايجادهما فلا يصلحان مانعين وعند محمد يكون موليا لانه قربة وهو قول ابي يوسف أولا وقال الشافعي في احد قوليه لا يكون الايلاء الا بالله تعالى وفي عتق العبد المعين خلاف ابي يوسف (ولو) آلى (من المبانة) أي المطلقة طلاقا بائنا (والاجنبية لا) يكون موليا لان محل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص وهما ليستا منها بخلاف المطلقة الرجعية لبقاء الزوجية بينهما (ومدة ايلاء الامة شهران) لانها ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق

[*] قوله أو طلاق أو آلى من المطلقة الرجعية هكذا في نسخ المتن وليس في خط المصنف اه من هامش

وعند الشافعي مدتها كمدة ايلاء الحرة لانها عنده ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع فيستوي فيه الحرة والامة (وان عجز المولى عن وطئها) اى عن وطء امرأته التي آلى منها (بمرضه) اى بسبب مرضه (او) بسبب (مرضها او) عجز عن وطئها (بالرتق) أى بسبب الرتق وهو استداد فم الرحم بلحمة أو عظمة أو نحوهما (او) عجز بسبب (الصغر أو) لاجل (بعد مسافة) بينهما (ففيؤه أن يقول فئت اليها) هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان يمضي أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر ثم عجز عن الوطء بعد ذلك لمرض أو بعد مسافة أو حبس أو أسر او جب او نحو ذلك او كان عاجزا حين آلى وزال العجز في المدة لم يصح فيؤه باللسان لانه خلف عن الجماع فيشترط فيه العجز المستوعب للمدة وقال الشافعي لا يصح الفيء باللسان أصلا حتى اذا مضت أربعة أشهر ثبت حكم الايلاء لانه لم يوجد الجماع واليه ذهب الطحاوي وعن الشافعي يقول ندمت على ما فعلت وعند أحمد يقول متى قدرت جامعتك والاصح ما قلنا من أن الفيء باللسان عند العجز خلف عن الوطء لقول علي وابن مسعود رضي الله عنهما في المريض باللسان وكفى بهما قدوة الا أنه بشرطين أحدهما ان يكون قوله فئت في مدة الايلاء والآخر استمرار العجز الى انتهاء أربعة أشهر كما ذكرنا (وان قدر) المولى على الجماع (في المدة) أى في مدة الايلاء على الجماع (ففيؤه الوطء) لان الفيء باللسان خلف عن الجماع فاذا قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف بطل كالمتيمم اذا رأى الماء ولو قال لامرأته (أنت علي حرام) فهو على وجوه الاول هو (ايلاء ان نوى التحريم او لم ينو شيأ) لان تحريم الحلال يمين بالنص (و) الثاني انه (ظهار ان نواه) أى نوى الظهار لان فيه حرمة فاذا نواه صح لانه يحتمله وعند محمد لا يكون ظهارا لعدم ركنه وهو تشبيه المحللة بالمحرمة (و) الثالث انه (كذب ان نوى الكذب) لانه أراد حقيقة كلامه فكان كذبا حقيقة وقيل لا يصدق لانه يمين ظاهرا فلا يصدق في الصرف الى غيره (و) الرابع انه طلقة (بائنة ان نوى الطلاق) لانه من الفاظ الكنايات (و) الخامس انه (ثلاث) طلقات (ان نواه) اى الثلاث وقد مر في الكنايات وقيل يصرف التحريم الى الطلاق من غير نية للعرف لا سيما في زماننا وأشار الشيخ الى ذلك بقوله (وفي الفتوى) التي يفتي بها المفتي (اذا قال) رجل (لامرأته أنت علي حرام والحرام عنده طلاق ولكن لم ينو طلاقا وقع الطلاق) اعتبارا للعرف لاطلاقهم اليوم على الطلاق ولهذا لا يحلف به الا الرجال وعن هذا قالوا لو نوى غيره لا يصدق قضاء ومذهب الشافعي في هذا انه لو نوى طلاقا أو ظهارا فكما نوى ولو نوى يمينا أو لم ينو شيأ فعليه كفارة يمين وعند مالك طلاق ثلاث في الموطوأة نواه أو لا وواحدة في غيرها وعند أحمد ظهار نواه أم لا وعنه يمين مطلقا وعنه طلاق مطلقا ولو قال هذا القول وله أربع نسوة يقع على كل واحدة تطليقة بائنة وقيل تطلق واحدة منهن واليه البيان وهو الاظهر والاشبه

هذا (باب) في بيان أحكام (الخلع)

وهو النزع والفصل لغة يقال خلع نعله وثوبه اذا نزعه وخالعت المرأة زوجها اذا افتدت نفسها منه وخالعها زوجها اذا طلقها على مال وتخالعا تشبيها لفراقهما بنزع الثياب لان كل واحد منهما لباس الآخر وفي الشرع (هو) أى الخلع (الفصل من النكاح) باخذ المال بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وهو من جهته يمين ومن

جهتها معاوضة (الواقع به) أى بالخلع (و) الواقع أيضا (بالطلاق على مال طلاق بائن) عندنا وعند الشافعى فى القديم فسخ وليس بطلاق روى ذلك عن ابن عباس حتى لو خالعها مرارا ينعقد النكاح بينهما بغير تزوج بزوج آخر وبه قال أحمد وفى قول من الشافعى انه رجعى وفى قول وهو أصح أقواله انه طلاق بائن كمذهبنا لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم موقوفا ومرفوعا وكذا يصح بلفظ البيع أو المباراة ولو قال لم أعن الطلاق لم يصدق لان ذكر العوض امارة صادقة على أن مراده الطلاق ولو لم يذكر العوض يصدق فى لفظ الخلع والمباراة لانهما كنايتان ولا يصدق فى لفظ الطلاق والبيع لانه خلاف الظاهر (ولزمها) أى المرأة (المال) لالتزامها وان لم يكن البضع مالا كالقصاص (وكره له) أى للزوج (أخذ شئ) منها (ان نشز) لان الايحاش بالفراق كاف يقال نشز على زوجته اذا ضربها وجفاها ونشزت المرأة اذا استعصت على بعلها وجاء نشست ونشصت (وان نشزت) المرأة (لا) يكره له الاخذ منها وهو باطلاقه يتناول القليل والكثير وان كان أكثر مما أعطاها وهو المذكور فى الجامع الصغير وقال القدورى اذا كان النشوز منها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وهو المذكور فى الاصل ولو أخذ الزيادة جاز قضاء وكذا اذا أخذ شيأ والنشوز منه (وما) أى كل شئ (صلح) أن يكون (مهرا صلح) أن يكون (بدل خلع) لان ما صلح أن يكون عوضا للمتقوم أولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهذا لان البضع حالة الدخول متقوم وعند الخروج غير متقوم ولهذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولا يجوز أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها فان قلت قد يصلح للخلع ما لا يصلح للمهر كالاقل من العشرة وكما فى يدها او بطن غنمها ونحو ذلك قلت هذا ايجاب ولا ينعكس الى مثله كما قد تقرر فى موضعه والحاصل فيه ان الغرض فى طرد الكلى أن يكون مالا متقوما ليس فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة بهذه المثابة ومن عكس الكلى أن لا يكون مالا متقوما وأن لا يكون فيه جهالة مستتمة اذا كان مالا وما دون العشرة مال متقوم ليس فيه جهالة فلا يرد السؤال على طرد الكلى ولا على عكسه فافهم (فان خالعها) أى المرأة (أو طلقها بخمر أو خنزير أو ميتة وقع) طلاق (بائن فى) صورة (الخلع) وطلاق (رجعى فى غيره) أى فى غير الخلع وهو فى صورة الطلاق اما وقوع الطلاق فيهما فلوجود الشرط وهو القبول واما الافتراق فى البينونة والرجعية فلان العوض اذا بطل فى الخلع بقى لفظه وهو كناية والواقع بها بائن واذا بطل فى الطلاق بقى صريحه وهو يقتضى الرجعة (مجانا) يعنى بغير شئ عليها وانتصابه على أنه صفة لمصدر محذوف أى وقوعا مجانا ووزنه فعال لانه ينصرف ذكره الجوهرى فى باب مجن * ثم مثل هذه المسئلة فى وقوع الطلاق فيها بغير شئ بمسئلة أخرى وهى قوله (كخالعنى) أى كقول المرأة لزوجها خالعنى (على ما فى يدى و) الحال انه (لا شئ فى يدها) لانها لم تسم مالا متقوما فلم تصر غارة له والرجوع بالغرور (وان زادت) المرأة فى قولها خالعنى على ما فى يدى (من مال أو من دراهم) ولم يكن فى يدها شئ (ردت عليه) أى على الزوج (مهرها) الذى أخذته منه فى قولها من مال لانها غرته حيث أطمعته فى مال فيرجع عليها بالبدل وعند الشافعى ترد عليه مهر مثلها (او) ردت عليه (ثلاثة دراهم) فى قولها من دراهم لانها ذكرت الجمع وأقله ثلاثة بخلاف ما اذا تزوجها بدراهم حيث تبطل التسمية للجهالة ويجب مهر المثل لان

البضع

البضع حال الدخول متقوم فأمكن ايجاب قيمته اذا جهل المسمى فان قلت قد ذكرت من وهى للتبعيض فينبغى أن يجب بعض الدراهم وذلك درهم أو درهمان قلت لا يلزم ذلك لانه قد تكون لبيان الجنس لان فى قولها على ما فى يدى نوع ابهام لا يعرف من أى جنس هو فبينتها من وسوى القدورى بين قولها من دراهم ومن الدراهم فان قلت كان ينبغى أن يلزمها درهم واحد فى المعرّف لانه بمنزلة المفرد المعرف حتى ينصرف الى أدنى الجنس عند تعذر صرفه الى الكل كما اذا حلف لا يشترى العبيد أو لا يتزوج النساء قلت انما ينصرف الى الجنس عند عدم قرينة دالة على العهد وقد وجدت ههنا وهو قولها على ما فى يدى فلا تكون للجنس فوجب اعتبار الجمعية فيه بخلاف ما ذكر لعدم القرينة الدالة على العهد فيه (وان خالع) امرأته (على عبد ابق لها) أى للمرأة (على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ) أى المرأة لانه عقد معاوضة فيقتضى سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل ولا يبطل الخلع لانه كالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع لانه يبطل به فلا يصح فى الآبق فاذا بطل وجب عليها تسليم عينه ان قدرت عليه والا فتسليم قيمته كما لو خالعها على عبد الغير (قالت) المرأة لزوجها (طلقنى ثلاثا) أى ثلاث طلقات (بألف فطلق) الزوج طلقة (واحدة له ثلث الالف) لان الباء تصحب الاعواض وهو ينقسم على المعوض وعند مالك لزمها كل الالف وعند أحمد يقع بغير شئ (وبانت) المرأة لوجوب المال (وفى) قولها طلقنى ثلاثا (على الف) فطلقها واحدة (وقع) طلاق (رجعى مجانا) يعنى من غير شئ عند أبى حنيفة لان على للشرط فصار ايقاع الثلاث شرطا للزوم الالف والبدل لا يوزع على اجزاء الشرط وعندهما عليها ثلث المال والطلاق بائن لان على مثل الباء فى المعاوضات وبه قال الشافعى وعند مالك يلزمها كل الالف ولو قال لامرأته (طلقى نفسك ثلاثا) أى ثلاث طلقات (بألف او على الف فطلقت) المرأة نفسها طلقة (واحدة لم يقع شئ) لانه لم يرض بالبينونة الا بسلامة الالف كلها له (و) لو قال لها (أنت طالق بألف او على الف فقبلت) المرأة (لزم) المال للقبول (وبانت) لوجوب المال (و) لو قال لها (أنت طالق وعليك الف او) قال لعبده (انت حر وعليك الف طلقت) المرأة (وعتق) العبد (مجانا) أى بغير شئ قبلا أو لم يقبلا عند أبى حنيفة لان الاصل انفراد كل جملة بنفسها والاتصال بدلالة عارضة ولا دلالة فلا شئ وعندهما ان قبلا وقع الطلاق والعتاق ولزمهما المال والا فلا لانه معاوضة وبه قالت الثلاثة وعلى هذا الخلاف لو قالت هى طلقنى ولك ألف او قال العبد أعتقنى ولك ألف ففعل (وصح شرط الخيار لها) أى للمرأة (فى الخلع لا) يصح (له) أى للزوج عند أبى حنيفة فان ردت الخلع فى أيام الخيار بطل فلا يقع الطلاق وان قبلت صح فيقع ويجب المال لان الخلع من جانبها تمليك المال وانه يقبل الخيار كالبيع وقالا لا يصح لها كما لا يصح له وبه قالت الثلاثة ولو قال لامرأته (طلقتك امس بألف فلم تقبلى فقالت) المرأة (قبلت صدق) الرجل دون المرأة ولم تطلق لان الطلاق بمال يمين من جانبه وقبولها شرط الحنث فيكون القول قوله فيه لانه منكر لوجود الشرط (بخلاف البيع) بأن قال لغيره بعتك هذا العبد فلم تقبل حيث لا يقبل قوله فى انكار القبول لان الاقرار بالبيع اقرار بالشراء لانه لا يتم الا به فانكاره يكون رجوعا فلا يسمع (ويسقط) من الاسقاط وقوله (الخلع) بالرفع فاعله (والمباراة) عطف عليه وقوله (كل حق)

بالنصب مفعوله أى كل حق ثابت (لكل واحد) من الزوجين (على الآخر مما يتعلق بالنكاح) هذا عند أبى حنيفة فالمباراة والخلع متساويان فى أن كلا منهما يسقط به جميع حقوق النكاح مما لكل منهما على الآخر حتى اذا كان ذلك قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشئ ولو لم تكن قبضت شيأ لا ترجع عليه بشئ ولو خالعها على مال لزمها ويسقط الصداق لانهما يقتضيان براءة كل منهما عن صاحبه من حقوق العقد وعند محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه فقط ولها المهر على الزوج وله الرجوع عليها بنصف ما قبضت قبل الدخول ولا تسقط نفقة العدة الا بالتسمية وبه قالت الثلاثة وقال أبو يوسف تسقط بالمباراة جميع حقوق النكاح كما قال أبو حنيفة ولا يسقط فى الخلع الا ما سمياه كما قال محمد لان المباراة تقتضى البراءة المطلقة من الجانبين والخلع لا وقيد بقوله مما يتعلق بالنكاح لان غيره من الحقوق لا دخل له فيها الان وجوبه ليس بسبب النكاح ونفقة العدة لم تجب بعد ولكن لو شرطا البراءة منها سقطت ولو شرطا البراءة من نفقة الولد الصغير وهى مؤنة الرضاع ينظر فان وقتا له وقتا كالسنة ونحوه صح والا فلا ولا يصح ابراؤها عن السكنى لان خروجها معصية ولو أبرأته عن مؤنة السكنى بأن التزمتها أو سكنت ملكها صح مشروطا فى الخلع لانه خالص حقها وفى الغاية ثم بالخلع هل تقع البراءة من دين آخر سوى دين النكاح فى ظاهر الرواية لا وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة تقع وكذلك المباراة هل توجب البراءة عن سائر الديون فيه اختلاف المشايخ والصحيح انها لا توجب كذا فى الفتاوى الصغرى أما اذا كان العقد بلفظ الطلاق على مال فهل تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح فى ظاهر الرواية لا تقع لان لفظ الطلاق لا يدل على اسقاط الحق الواجب بالنكاح وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة تقع البراءة عنها لاتمام المقصود ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اختلاف المشايخ فيه على قول أبى حنيفة قال فى الفتاوى الصغرى والصحيح أنه كالخلع والمباراة وعندهما الجواب فيه كالجواب فى الخلع وفى الفتاوى الصغرى أيضا لو قال لامرأته خالعتك فقبلت المرأة يقع الطلاق وتقع البراءة ان كان عليه مهر وان لم يكن عليه مهر يجب عليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع نقله عن أول اقرار شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله فعلم بهذا ان ماذكره فى أول مسائل الخلع بقوله اذا قال لها خالعتك فقالت قبلت لا يسقط شئ من المهر فيه نظر والله أعلم (و) قوله (حتى لو خالعها) الخ توضيح وبيان لاسقاط الخلع والمباراة كل حق لكل منهما على صاحبه مما يتعلق بالنكاح أى حتى لو خالع رجل امرأته (او باراها) بأن قال بارأتك أو قالت بارئنى وكان الخلع أو المباراة (بمال معلوم كان للزوج) أى ثبت له (ما سمت) هى (له) أى للزوج (ولم يبق لاحدهما) أى لاحد الزوجين (قبل صاحبه دعوى فى المهر) حتى لا يجب عليها رد ما قبضت ولا عليه دفع ما لم تقبض سواء (مقبوضا كان) المهر (او غير مقبوض) وسواء كان (قبل الدخول بها) أى بالمرأة (او بعده) اى بعد الدخول فهذا ينقسم على وجوه لانه اما أن لا يسميا شيأ أو سميا المهر أو بعضه أو مالا آخر وكل واحد على وجهين اما أن يكون قبل الدخول أو بعده والمهر لا يخلو اما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض فالجملة ستة عشر وجها الاول أن لا يسميا شيأ وكان قبل الدخول وكان المهر غير مقبوض برئ كل منهما عن حق الآخر مما لزمه فى النكاح فى الصحيح الثانى أن لا يسميا شيأ وكان قبل الدخول

وكان المهر مقبوضا فالحكم كذلك الثالث أن لا يسميا شيأ وكان بعد الدخول وكان المهر
مقبوضا فالحكم كذلك الرابع أن لا يسميا شيأ وكان بعد الدخول وكان المهر غير مقبوض
فالحكم كذلك الخامس أن يسميا المهر وهو ألف درهم مثلا وكان بعد الدخول ولم يكن مقبوضا
يسقط عنه كله السادس أن يكون بعد الدخول وكان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط
السابع أن يكون قبل الدخول وكان المهر مقبوضا ففي القياس يرجع عليها بألف وخمسمائة ألف
بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بالالف المقبوض فقط
لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو خمسمائة قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط وخمسمائة
أخرى بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده الثامن أن لا يكون المهر
مقبوضا ففي القياس يسقط عنه جميع المهر ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها
بشئ لما ذكرنا أن المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو خمسمائة فيجب لها ذلك عليه ويجب له مثله
عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا التاسع أن يسميا بعض المهر بأن خالعها على عشر مهرها مثلا
والمهر ألف وكان بعد الدخول والمهر مقبوض يرجع عليها بمائة درهم ويسلم الباقي لها العاشر
أن لا يكون المهر مقبوضا ففي هذه الصورة يسقط عنه كل المهر مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع
الحادي عشر أن يكون قبل الدخول والمهر مقبوض ففي القياس يرجع عليها بستمائة منها مائة
بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين درهما لان ذلك
عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع الثاني عشر أن لا يكون المهر
مقبوضا سقط عنه كله استحسانا العشر بالشرط والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم
الخلع الثالث عشر أن يسميا مالا غير المهر وكان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى لا غير
الرابع عشر أن لا يكون المهر مقبوضا فله المسمى ويسقط عنه المهر بحكم الخلع الخامس عشر ان
يكون قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى بالشرط ويسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شئ منه
السادس عشر أن لا يكون مقبوضا فله المسمى بالشرط ويسقط عنه المهر بحكم الخلع (وان خلع)
الاب (صغيرته) اى ابنته الصغيرة (بمالها لم يجز عليها) اى على الصغيرة لان الخلع على مالها
كالتبرع به فلا ينفذ عليها (وطلقت) الصغيرة بقبول الاب في الاصح لانه لا يلزم من عدم وجوب
المال عدم وقوع الطلاق الا ترى أن الخلع بالخمر يقع به الطلاق ولا يوجب شيأ (ولو) خالعها
الاب (بألف) درهم (على انه ضامن) للالف بمعنى انه ملتزم له لا أنه ضامن عنها بطريق الكفالة
لان المال لا يلزمها فاذا التزم جاز ذلك ولهذا (طلقت) الصغيرة (و) يجب (الالف عليه) أى على
الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب أولى ووقوع الطلاق بقبول الاب وقد
قيل ان تأويل المسئلة أن يخالعها على مال آخر مثل مهرها اما الخلع على مهرها فغير جائز لان
الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة شئ ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه في ذلك والاصح ان الخلع
على مهرها كالخلع على مال آخر وضمان الاب اياه صحيح ثم بعد ذلك ينظر فان كان مهرها الفا
مثلا وكان قبل الدخول لزمه الالف قياسا وفي الاستحسان يلزمه خمسمائة وقد تقدم وجههما
ولو شرط الزوج البدل عليها توقف على قبولها ان كانت أهلا له بأن تكون مميزة وهي التي تعرف
ان الخلع سالب والنكاح جالب فان قبلت وقع اتفاقا لوجود الشرط ووقوع الطلاق بعتمده دون

لزوم المال على ما مرّ وان قبل الاب عنها صح فى رواية ولا يصح فى اخرى وهى الاصح لانّ قبولها
بمعنى شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وان خالعها على مهرها توقف على قبولها فان قبلت وقع
الطلاق ولم يسقط من المهر شئ لما ذكرنا وان قبله الاب فعلى الروايتين مالم يضمنه وان ضمنه صح
ووقع الطلاق لوجود الشرط والله أعلم

هذا (باب) فى بيان احكام (الظهار)

وهو مصدر من ظاهر يظاهر وفى الشرع (هو) أى الظهار (تشبيه المنكوحة بمحرمة) أى
بامرأة محرمة (عليه) أى على المشبه (على التأبيد) مثل الام والبنت والاخت وقيل ينبغى
أن يزاد اتفاقا فالتخرج أم المزنى بها او بنتها الانه لو شبهها بهما لا يكون مظاهرا كذا فى شرح
الطحاوى وفى الاختيار يكون مظاهرا عند أبى يوسف خلافا لمحمد بناء على ان القاضى اذا قضى
بجواز نكاحهما ينفذ عنده خلافا لابى يوسف وفى المحيط لو قبل امرأة أو لمسها أو نظر الى فرجها
بشهوة ثم شبه امرأته بابنتها لم يكن مظاهرا عند أبى حنيفة ولا يشبه هذا الوطء لانّ حرمته
منصوص عليها (حرم عليه) أى على المظاهر (الوطء ودواعيه) كاللمس والقبلة بشهوة (بأنت)
أى بقوله أنت (علىّ كظهر أمى حتى يكفر) عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم
الى أن قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا نزلت فى خولة بنت مالك بن ثعلبة امرأة أوس بن
الصامت وهو مشهور وعند الشافعى فى الجديد وأحمد فى رواية لا تحرم الدواعى (فلو وطئ)
المظاهر (قبله) أى قبل التكفير (استغفر ربه) عز وجل ولا يجب عليه غير الكفارة الاولى أشار
اليه بقوله (فقط) وقال سعيد بن جبير عليه كفارتان وقال النخعى عليه ثلاث كفارات والحجة
عليهما ما روى أنّ سلمة بن صخر حين واقع امرأته وقد ظاهر منها اتى النبى صلى الله عليه وسلم
فقال يا رسول الله انى ظاهرت من امرأتى فوقعت عليها قبل ان أكفر فقال ما حملك على ذلك
يرحمك الله فقال رأيت خلخالها فى ضوء القمر قال فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله رواه
الاربعة وقال الترمذى حديث حسن غريب صحيح وفى رواية قال له استغفر ربك ولا تعد حتى
تكفر ولو كان شئ آخر واجبا عليه لبينه عليه السلام له (وعوده) أى عود المظاهر وهو العود
المذكور فى قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا (عزمه على وطئها) أى على وطء المظاهر اياها وقال
الشافعى أن يمسكها بعد الظهار زمانا يمكن فيه ايقاع الطلاق ولا يطلق حتى لو طلق موصولا
بالظهار لا يلزمه كفارة عنده لانّ العود النقض يقال فلان صنع فى حق فلان صنيعة ثم عاد
بها أى نقضها فنقض الظهار فى امساكها نكاحا لان موجب هذا التشبيه ان لا يمسكها نكاحا
وقال مالك العود الوطء نفسه والحديث المذكور يرد عليه وقالت الظاهرية أن يتكلم بالظهار
مرّة أخرى ولا يحرم وطؤها بدون الثانية وهذا فساده ظاهر لانه لو كان كذلك لقال يعيدون من
الاعادة لا من العود ولان موجب الظهار هو حرمة الوطء فيقتصر فى العزم على الوطء وأما النكاح
فهو بحاله واللام فى قوله لما قالوا بمعنى الى وقيل بمعنى فى وقال الفراء بمعنى عن أى يرجعون
عما قالوا فيريدون الوطء والعود الرجوع فاذا قصد وطأها وعزم عليه رجع عما قال فلهذا يجب
عليه الكفارة حتى لو أبانها أو لم يعزم على وطئها لم يجب عليه لعدم الرجوع وكذا لو مات أحدهما
ولو عزم ثم رجع وترك العزم سقطت عنه وللمرأة ان تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع

بها حتى يكفر وعلى القاضى أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها (وبطنها) أى وبطن أمه (وفخذها وفرجها كظهرها) حتى لو شبه امرأته بعضو من هذه الاعضاء يكون مظاهرا لان هذه الاشياء يحرم عليه النظر اليها ولمسها بخلاف اليد ونحوها لانه يجوز النظر اليه ولمسه بلا شهوة (وأخته) أى وأخت المظاهر (وعمته وأمه رضاعا) أى من جهة الرضاع وهو راجع الى الكل (كأمه) نسبا حتى يصير مظاهرا بتشبيه منكوحته بواحدة منهن لان حرمتهن على التأبيد بخلاف ما لو شبهها بأخت امرأته أو عمتها أو خالتها لان حرمتهن ليست على التأبيد (و) لو قال لامرأته (رأسك) على كظهر أمى (وفرجك) على كظهر أمى (ووجهك) على كظهر أمى (ورقبتك) على كظهر أمى (ونصفك) على كظهر أمى (وثلثك) على كظهر أمى كان مظاهرا فى الكل (كأنت) على كظهر أمى لان هذه الاعضاء يعبر بها عن الجميع واعراب هذا التركيب ان قوله رأسك فى محل الرفع على الابتداء والتقدير وقوله رأسك وقوله كأنت فى محل الرفع على الخبرية أى كقوله أنت على كظهر أمى (وان نوى) المظاهر (بأنت) أى بقوله أنت (على مثل أمى برا) أى كرامة (أو) نوى (ظهارا أو) نوى (طلاقا فكما نوى) أى يستفسر منه فان قال أردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش فى الكلام وان قال أردت الظهار فهو ظهار لانه شبهها بجميعها وان قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام فى الحرمة فكانه قال انت على حرام ونوى الطلاق (والا) أى وان لم ينو شيأ (لغا) كلامه عندهما لاحتمال الحمل على الكرامة وعند محمد هو ظهار لانه شبهها بجميعها فيدخل العضو فى الجملة وعن أبى يوسف مثله اذا كان فى حالة الغضب وعنه أنه يكون ايلاء ولو قال أنت على كامى فهو مثل قوله أنت على مثل أمى فى الوجوه كلها (و) ان نوى (بأنت) أى بقوله أنت (على حرام كامى ظهارا أو) نوى (طلاقا فكما نوى) لانه من الكنايات فيكون طلاقا بالنية وان نوى الظهار فظهار لانه شبهها فى الحرمة بأمه فلو شبهها بظهرها كان ظهارا فبكلها أولى وان لم يكن له نية فهو ظهار لانه لفظ محتمل فيثبت به الادنى وعند أبى يوسف هو ايلاء (و) ان نوى (بأنت) أى بقوله أنت (على حرام كظهر أمى طلاقا أو) نوى (ايلاء فظهار) أى فهو ظهار عند أبى حنيفة لانه صريح فيه فلا تعمل فيه النية وقوله حرام توكيد لمقتضى اللفظ فلا يغيره وقالا ان نوى ظهارا أو لم تكن له نية فهو ظهار وان نوى طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء لان كلا منهما محتمل لكلامه ثم ان نوى الطلاق لا يكون ظهارا عند محمد وعند أبى يوسف يكونان معا الظهار بلفظه والطلاق بنيته وان نوى ايلاء ينبغى أن يكون ايلاء وظهارا باتفاقهما (ولا ظهار الا من زوجته) لتعينها فى النص فلو ظاهر من أمته لا يكون مظاهرا خلافا لمالك والنص حجة عليه ولان الظهار كان طلاقا فى الجاهلية فنقل الشرع حكمه الى تحريم موقت بالكفارة والامة ليست بمحل للطلاق فلا تكون محلا للظهار كالايلاء كان طلاقا فى الحال فاخره الشرع الى مضى أربعة أشهر (فلو نكح) رجل (امرأة بغير أمرها) أى بغير اذنها (فظاهر منها فاجازته) أى النكاح بعد ذلك (بطل) الظهار لانه صادق فى التشبيه فى ذلك الوقت فلا يجب عليه جزاء الزور وقوله لنسائه (أنتن على كظهر أمى ظهار منهن) جميعا لوجود ركنه فى كلهن وهو التشبيه وارتفاع ظهار على أنه خبر عن القول المقدر كما ذكرناه (وكفر) المظاهر

في المسئلة المذكورة (الكل) واحدة منهن فان كانت ثلاثا فثلاث كفارات وان كانت أربعا فاربع لانها لانتهاء الحرمة وهي تثبت في حق الكل فتتعدد بتعددها وعند مالك يكفيه كفارة واحدة اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة كما لو قال والله لا أقربكن ثم قربهن لم يلزمه الا كفارة واحدة قلنا الكفارة في الايلاء لهتك حرمة اسم الله تعالى فلا تتعدد الا بتعدد ذكر اسم الله عز وجل

* هذا (فصل) في بيان الكفارة (وهو) أي التكفير (تحرير رقبة) قبل الوطء وذلك اتحليله فتقدم عليه سواء كانت الرقبة ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا مسلمة أو كافرة لاطلاق النص وقال الشافعي لا تجوز الكافرة كما في قتل الخطا وبه قال مالك وأحمد قلنا الاصل أن يعمل بمقتضى كل نص اطلاقا وتقييدا ويجوز المرتد عند البعض ولا يجوز عند آخرين لانه مستحق القتل حتى تجوز المرتدة بلا خلاف (ولم يجز الاعمى ومقطوع اليدين أو) مقطوع (ابهاميهما) أي ابهامي اليدين (او) مقطوع (الرجلين و) لم يجز (المجنون) أيضا والاصل ان فوات جنس المنفعة يمنع الجواز والاختلال لا يمنع فيجوز الاصم والاعور ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف والخصي والمجبوب ومقطوع الاذنين والمراد بالاصم الذي يسمع اذا صيح عليه فاما الاخرس فلا يجوز لفوات جنس المنفعة (و) لم يجز (المدبر) أيضا (وأم الولد) لاستحقاقهما الحرية من وجه فكان الرق فيهما ناقصا (و) لم يجز أيضا (المكاتب الذي أدى شيأ) من مال الكتابة لانه تحرير بعوض وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز لان رقه لم ينتقص بما أدى فكان باقيا من كل وجه ولهذا يقبل الفسخ بخلاف المدبر وأم الولد (فان لم يؤد) المكاتب (شيأ) من مال الكتابة يجوز لانه تحرير من كل وجه وقال الشافعي وزفر لا يجوز لانه استحق الحرية بجهة الكتابة (أو اشترى) المظاهر (قريبه) مثل أبيه أو ابنه أو أخيه حال كونه (ناويا بالشراء الكفارة) يجوز أيضا لان الشراء علة العتق وقال زفر والثلاثة لا يجوز وهو قول أبي حنيفة أولا لان علة العتق القرابة والشراء شرطه وعلى هذا الخلاف لو وهب له أو تصدق عليه أو أوصى له به وهو ينوي به عن الكفارة (أو حرر) المظاهر (نصف عبده عن كفارته ثم حرر باقيه) وهو النصف الآخر (عنها) أي عن الكفارة يجوز أيضا لانه أعتق رقبة كاملة بكلامين لحصل المقصود به وقوله (صح) جواب المسائل الثلاث أي صح ما فعل المظاهر في هذه المسائل (وان حرر) المظاهر (نصف عبد مشترك) بينه وبين غيره (وضمن) لشريكه (باقيه) وهو النصف الآخر لم يجز ذلك عند أبي حنيفة لان الاعتاق يتجزأ عنده وقالا يجوز لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فبعتق جزء منه عتق كله فصار معتقا كل العبد وهو ملكه الا أنه ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه فيكون عتقا بغير عوض فيجزيه وان كان معسرا سعى العبد فيكون عتقا بعوض فلا يجزيه عن الكفارة فان قلت ما الفرق بينها وبين المسئلة التي قبلها قلت النقصان هنا تمكن في النصف الاخير لتعذر استدامة الرق فيه ثم انتقل اليه بالضمان ناقصا فلا يجزيه عنها وهنالك النقصان كذهاب البعض بسبب العتق لجعل من الاداء (أو حرر) المظاهر (نصف عبده ثم وطئ) المرأة (التي ظاهر منها ثم حرر باقيه) وهو النصف الآخر لم يجز أيضا عنده خلافا لهما وهي أيضا مبنية على الاصل المذكور وقوله (لا) جواب المسئلتين أي

لا يجوز عن الكفارة (فان لم يجد) المظاهر (ما يعتق صام شهرين متتابعين ليس فيهما) أى فى الشهرين شهر (رمضان وأيام منهية) وهى يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق لان التتابع منصوص عليه وهو يقدر على شهرين متواليين خاليين عن هذه الايام بخلاف ما اذا حاضت المرأة فى صوم كفارة الافطار أو القتل حيث لا ينقطع به الترتيب لانها لا تجد بدا منه فى شهرين بخلاف كفارة اليمين والنفاس والمرض حيث تستقبل فى هذه الاشياء لانه يمكن وجود شهرين خاليين عن النفاس والمرض ومدة كفارة اليمين قليلة فيمكنها أن تصوم مرتبا من غير حرج ثم ان صام شهرين بالاهلة أجزأه وان كانا ناقصين والا فلا يجزيه الا الكامل (فان وطئها) أى المرأة التى ظاهر منها (فيهما) أى فى الشهرين (ليلا) أى فى الليل حال كونه (عامدا أو) وطئها (يوما) أى فى اليوم حال كونه (ناسيا) وانما لم يقل نهارا ليدخل فيه ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس (أو أفطر) فيهما مطلقا سواء كان بعذر أو بغير عذر (استأنف الصوم) عندهما لانه بالافطار فات الترتيب وبالوطء تقديم الكفارة وقال أبو يوسف لا يستأنف الا بالافطار لانه يمنع التتابع وبه قال الشافعى وعند مالك وأحمد ان كان بعذر لا يستانف (ولم يجز للعبد الا الصوم) لانه لا مال له (وان أطعم أو أعتق عنه) أى عن العبد (سيده) أى مولاه وهو واصل بما قبله وعند ابن القاسم المالكى لو أطعم باذن سيده جاز (فان لم يستطع) المظاهر (الصوم أطعم ستين فقيرا كالفطرة) فى قدر الواجب يجب عليه نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير لقوله عليه السلام لسلمة بن صخر البياضى أطعم ستين مسكينا وسقا من تمر بين ستين مسكينا رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن وعند الشافعى لكل مسكين مدا من غالب قوت بلده وعند مالك مدا بمد هشام وهو مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم وعند أحمد من البر مدا ومن تمر أو شعير مدين (أو) دفع (قيمته) أى قيمة المذكور وعند الثلاثة لا يجوز وقد مر الاصل فى الزكاة ويجوز تكميل أحد النوعين بالآخر لاتحاد المقصود وهو الاطعام فصار جنسا واحدا من هذا الوجه فجاز التكميل بالاجزاء ولا يجوز بالقيمة حتى لو أدى أقل من صاع من التمر يساوى نصف صاع من بر لا يجوز لان القيمة لا تعتبر فى المنصوص عليه فصار كما لو أدى نصف صاع من تمر جيد يساوى صاعا من الوسط حيث لا يجوز ولا يرد على هذا ما لو أطعم خمسة وكسا خمسة فى كفارة اليمين حيث تجوز الكسوة عن الاطعام بالقيمة والكسوة منصوص عليها وحيث لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر أجزاء ولا ما لو أعتق نصف رقبة وصام شهرا حيث لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر لان شرط منع اعتبار القيمة وشرط جواز التكميل اتحاد الجنس فلم يوجد لان الكسوة غير الاطعام والاعتاق غير الصوم ولا يلزم على هذا جواز عتق نصف رقبتين مشتركتين لان المنصوص عليه الرقبة ونصف الرقبتين ليس برقبة بخلاف ما لو اشتركا فى أضحية شاتين حيث يجوز لان الشركة لا تمنع صحة الاضحية (فلو أمر) المظاهر (غيره أن يطعم عنه من ظهاره) أى لاجل ظهاره (ففعل) الغير ذلك (أجزأه) وفى بعض النسخ صح لانه طلب منه التمليك معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه ثم فى ظاهر الرواية ليس للمامور أن يرجع على الآمر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك وعن أبى يوسف أنه يرجع (وتصح الاباحة فى الكفارات) وهى كفارة الظهار وكفارة الصوم

وكفارة اليمين وكفارة القتل (و) فى (الفدية) أيضا مثل أجزئة الجنايات فى الحج ونحوها (دون الصدقات والعشر) لان المنصوص فيها الايتاء وهو يقتضى التمليك بخلاف الكفارات والفدية لان المنصوص فيها الاطعام وهو حقيقة فى التمكين وذلك بالاباحة وانما جاز التمليك بدلالة النص وقال الشافعى لا تجوز الاباحة فى الكل ولا بد من التمليك لانه أدفع للحاجة (والشرط غداآن) بفتح الغين المعجمة وهو تثنية غداء (أو عشاآن) بفتح العين تثنية عشاء وقوله (مشبعان) صفة كل منهما على الانفراد (أو غداء وعشاء) فى يوم واحد لان المعتبر دفع حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء عادة ويقوم قدرهما مقامهما فكان المعتبر أكلتان والسحور كالغداء ولو غدى ستين وعشى ستين غيرهم لم يجزه الا أن يعيد على أحد الستين منهم غداء أو عشاء ولا بد من الادام فى خبز الشعير والذرة بخلاف خبز البر فاذا شبعوا أجزأه قليلا أكلوا أو كثيرا لحصول المقصود ولو كان فيهم صبى فطيم لم يجزه لانه لا يستوفى كاملا وكذا لو كان بعضهم شبعان قبل الاكل (فان أعطى فقيرا) واحدا (شهرين) يعنى أطعمه ستين يوما (صح) وقال الشافعى لا يصح لان التفريق على الستين واجب بالنص ولنا أن المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد بتجدد الايام فكان اليوم الثانى كمسكين آخر (ولو) أعطى مسكينا واحدا كله (فى يوم) واحد (لا يصح الا عن يومه) ذلك لان الواجب عليه التفريق ولم يوجد كالحاج اذا رمى الجمرة بسبع حصيات بدفعة واحدة لا يجزيه الا عن واحدة واما اذا ملكه بدفعات فقيل يجوز وقيل لا يجوز الا عن يومه ذلك وهو الصحيح (ولا يستأنف) الاطعام (بوطئها) أى بوطء المظاهر التى ظاهر منها (فى خلال الاطعام) لاطلاق النص فيه فيجرى على اطلاقه ولا يحمل على المقيد فى الاعتاق والصوم بالقياس (ولو أطعم) المظاهر (عن ظهارين ستين فقيرا كل فقير صاعا) بان أعطى ستين فقيرا ستين صاعا من البر (صح عن) ظهار (واحد) عندهما وقال محمد صح عنهما كما لو اختلف جنس الكفارة ولهما أن النية فى الجنس الواحد لغو لعدم الاحتياج اليها لعدم الفائدة فاذا الغت نية العدد بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان التقدير بنصف الصاع لمنع النقصان فلا يمنع الزيادة فصار كما اذا نوى أصل الكفارة ولم يزد عليه بخلاف ما اذا فرق الدفع أو كانتا جنسين (و) لو اطعم ستين فقيرا كل فقير صاعا (عن) كفارة (افطار و) كفارة (ظهار صح عنهما) أى عن كفارتى افطار وظهار بالاتفاق لاختلاف الجنسين كما ذكرنا (ولو حرر عبدين عن ظهارين ولم يعين) أحدهما (صح عنهما) أى عن الظهارين لاتحاد الجنس وعند الشافعى ومالك لا يصح بلا تعيين (ومثله) أى مثل حكم التحرير فى المسئلة المذكورة (الصيام) بان صام عنهما أربعة أشهر (والاطعام) بان أطعم عنهما مائة وعشرين مسكينا ولم يعين احداهما لما ذكرنا (وان حرر عنهما) أى عن ظهارين (رقبة أو صام) عنهما (شهرين صح عن واحد) يعنى له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وعند الشافعى ومالك وزفر لا يصح عن واحد منهما (و) ان حرر (عن ظهار و) كفارة (قتل لا) يجوز بان أعتق رقبة مؤمنة عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وان كانت كافرة جاز عن الظهار استحسانا لان الكافرة لا تصلح لكفارة القتل فتعينت للظهار وعن الشافعى له أن يجعل عن احداهما فى الفصلين والاصل فى هذا كله ان نية التعيين فى الجنس الواحد لغو وفى المختلف مفيد على

ما تقدم

ماتقدم فاذا الغا يبقى مطلق النية فله أن يعين أيهماشاء ألاترى انه لونوى قضاء يومين من رمضان يجزيه عن يوم واحد ولونوى عن القضاء والنذر أوعن القضاء والكفارة لايجزيه عن واحد منهما ويعرف اختلاف الجنس فى الحكم باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين أو العصرين من يومين بخلاف صوم رمضان لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلاجل هذا لايحتاج الى تعيين صوم يوم السبت مثلا أو يوم الاحد حتى لو كان عليه قضاء يومين من رمضانين يشترط التعيين عن أحدهما ولونوى ظهرا وعصرا أونوى ظهرا وصلاة جنازة لم يكن شارعا أصلا ولونوى ظهرا ونفلا لم يكن شارعا أصلا عند محمد وعند أبى يوسف يقع عن الظهر لانه أقوى ولونوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد وعند أبى يوسف يقع عن الاقوى ولونوى حجة الاسلام والتطوع فهو حجة الاسلام اتفاقا والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (اللعان)

وهو مصدر لاعن من اللعن وهو الطرد والابعاد وسمى به لما فيه من لعن نفسه فى الخامسة وهى من تسمية الكل باسم البعض كالصلاة تسمى ركوعا وسجودا وفى الشرع (هى) أى اللعان والتأنيث باعتبار الملاعنة أو بالنظر الى قوله (شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن) هذا ركن اللعان وهى (قائمة مقام حد القذف فى حقه) أى فى حق الزوج ولهذا يشترط كونه ممن يحد قاذفها ولاتقبل شهادته بعد اللعان أبدا (و) قائمة (مقام حد الزنا فى حقها) أى فى حق المرأة ولهذا لوقذفها مرارا يكفى لعان واحد كالحد وقال الشافعى هى أيمان مؤكدات بلفظ الشهادة فيشترط أهلية اليمين عنده فيجرى بين المسلم وامرأته الكافرة وبين الكافر وامرأته الكافرة وبين العبد وامرأته وبه قال مالك وأحمد وعندنا يشترط أهلية الشهادة فلايجرى الا بين المسلمين الحرين العاقلين البالغين غير محدودين فى قذف لقوله تعالى فشهادة أحدهم (فلوقذف) رجل (زوجته بالزنا) بأن قال أنت زانية أو زنيت وقيد به لانه لوقذفها بغيره لايجب اللعان لانه قائم مقام الحد فلايجب الا بما يجب به الحد (و) الحال أنهما (صلحا) حال كونهما (شاهدين) لان الركن فيه الشهادة والفاسق من أهل الشهادة عندنا الا أنه لاتقبل شهادته فى أكثر المواضع للتهمة وهذه الشهادة مشروعة فى موضع التهمة فلا ترد فتجرى بين الفاسق وامرأته وكذلك تجرى بين الاعمى وامرأته وان كانت عمياء لانه من أهل الشهادة هنا وان كان لاتقبل شهادته فى سائر المواضع لكونه لايميز بين المشهود له وعليه وهنا يقدر أن يميز بينه وبين امرأته (و) الحال أنها (هى) أى المرأة (ممن يحد قاذفها) لان اللعان قائم مقام حد القذف فى حقه فلا بد من احصانها وتخصيص ذكر المرأة بهذا لاثبات عفتها لان حد القذف لايجب الا اذا كان المقذوف عفيفا فكذا اللعان لانه قائم مقامه فاذا لم تكن عفيفة ليس لها أن تطالب به لفوات شرطه فلايتصور اللعان وهذا المعنى لايوجد فى حقه فلذلك خصت بالذكر بهذا وماقاله فى النهاية تخصيصها بهذا وان كان هذا أيضا شرطا فى حق الرجل حتى لو كان ممن لايحد قاذفه وهى محصنة لايجرى اللعان بينهما الا أنه اذا كان منها لايجب شئ وان كان منه يجب عليه الاصل وهو حد القذف فلايخلو عن موجب ما اذا كان منه اما الاصل

أو الحلف فكان فائدة تخصيصها عدم وجوب شئ تام مردود بل غلط فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه لا يخل بهذا الشرط لان من لا يحد قاذفه وهو الزانى أهل للشهادة وانما زناه فسق والفاسق أهل لها ولهذا يجرى اللعان بين الفاسقين كما ذكرناه (أو نفى) الزوج (نسب الولد) أى نفى نسب ولدها وهكذا عبارة القدورى وفى الغاية أو نفى نسب ولدها المولود على فراشه وهذا التقييد لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قاذفا لها كما لو نفاه عنه أجنبى فيكون موجبه اللعان وفى المحيط اذا نفى الولد بأن قال ليس بابنى ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما وهذا مخالف لعامة الكتب (وطالبته) المرأة (بموجب القذف) وهو الحد (وجب اللعان) لانه حق ثبت لها فيجب اقامته (فان أبى) أى امتنع الرجل (حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد) لانه امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه (فان لاعن) الزوج (وجب عليها) أى على الزوجة (اللعان فان أبت) أى امتنعت (حبست حتى تلاعن أو تصدقه) أى الزوج لما ذكرنا وفى بعض نسخ مختصر القدورى أو تصدقه فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة ولا يجب بالتصديق ولو كان أربع مرات وعند الشافعى اذا امتنع الزوج من اللعان يحد وكذا المرأة اذا أبت تحد حد الزنا وهذا عجب منه لانه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا أو فاسقا أو كافرا وأعجب منه أنه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب فأسقطت المرأة به الحد هنا عن نفسها وكذا الزوج أسقط الحد به عن نفسه وأوجب الرجم الذى هو أغلظ الحدود به على المرأة وجعله شهادة فى حقه وهذا تناقض ظاهر ولو صدقته فى نفى الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما للعان فلم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان فى ابطاله (فان لم يصلح) الزوج (شاهدا) بأن كان كافرا أو عبدا أو محدودا فى قذف وكانت هى من أهل اللعان بأن كانت صالحة للشهادة (حد) لان اللعان تعذر لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلى (وان صلح) الزوج شاهدا (و) الحال أنها (هى ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت زانية (فلا حد عليه) أى على الزوج لانه صادق فى القذف (ولا لعان) لانه خلف عنه وكذا اذا كانت مجنونة أو صغيرة أو محدودة فى قذف وان كانا محدودين فى قذف حد وكذا اذا كان هو عبدا وهى محدودة فى قذف بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وقال الشافعى يلاعن فى الكل الا اذا كان أحدهما صغيرا أو مجنونا أو كلاهما وقد مضى على أصله ومضينا على أصلنا ثم الاحصان يعتبر عند القذف حتى لو قذفها وهى أمة أو كافرة ثم أسلمت أو عتقت لا يجب الحد ولا اللعان (وصفته) أى صفة اللعان (ما نطق به النص) أى نص القرآن فى سورة النور وهى أن يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد أربع شهادات يقول فى كل مرة اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا يشير اليها فى كل مرة ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ثم تشهد المرأة أربع شهادات تقول فى كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وتقول فى الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يأتى بلفظ المواجهة فيقول فيما رميتك به من الزنا

وتقول هي انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا وانما خصت هي بالغضب لان النساء يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به ويخفن من الغضب (فان التعنا) أي الزوجان (بانت المرأة بتفريق الحاكم) عندنا وقال الشافعي اذا فرغ الزوج من لعانه تقع الفرقة قبل لعانها لان الفرقة منه وقال زفر لا تقع الفرقة الا اذا تلاعنا جميعا فاذا تلاعنا وقعت من غير قضاء لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا رواه أبو داود ومعناه نفي الاجتماع بينهما بعد التلاعن فيكون تنصيصا على وقوع الفرقة بينهما بعد تلاعنهما وبه قال مالك وأحمد في رواية وعندنا لا تقع الا بتفريق الحاكم بعد التعانهما حتى لو مات أحدهما قبل حكم الحاكم بها ورثه الآخر لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام لاعن بين رجل وامرأته ففرق بينهما وألحق الولد بامه رواه البخاري ومسلم ولو وقعت الفرقة لما احتيج اليه والحديث محمول على بيان حرمة الاستمتاع دون وقوع الحرمة عملا بهما ثم التفريق تطليقة بائنة عندهما حتى اذا أكذب نفسه جاز نكاحها وعند أبي يوسف تحريم مؤبد وبه قال زفر والثلاثة واستدلوا بالحديث الذي رواه زفر والجواب عنه انه اذا أكذب نفسه لم يبق ملاعنا فلم يتناوله الخبر (وان قذف) الزوج (بولد نفى) القاضي (نسبه) أي نسب الولد عن الرجل (وألحقه بامه) لما روينا من حديث البخاري ومسلم وشرطه أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللعان حتى لو علقت وهي أمة أو كافرة ثم أعتقت أو أسلمت لا ينفي ولا يلاعن لان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا يعتبر بعده وصورة هذا اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد وكذا في جانبها فتقول أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي الولد ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين وقال ابراهيم يلاعن بينهما ولا ينفي الولد ومنهم من قال بنفس اللعان ينقطع عن الاب ويلحق بالام والحديث المذكور حجة على الفريقين (وان أكذب) الرجل (نفسه حد) لاقراره بوجوب الحد عليه هذا اذا أكذب نفسه بعد اللعان وان أكذب قبله فان لم يطلقها قبل الاكذاب فكذلك وان أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان (وله) أي وللزوج (أن ينكحها) أي أن يتزوجها بعد ما أكذب نفسه وحد عندهما وقال أبو يوسف ليس له ذلك وقد مر عن قريب (وكذا ان قذف) الرجل (غيرها) أي غير امرأته (فحد) لذلك (أو زنت) المرأة (فحدت) لذلك حل له أن يتزوجها في الوجهين لانه بعد الحد لم يبق أهلا للعان وكذا هي لو قذفت انسانا فحدت لانها لم تبق أهلا له بعده وقوله فحدت وقع اتفاقا لان زناها من غير حد يسقط احصانها فلا حاجة الى ذكره بخلاف القذف فانه لا يسقط به الاحصان حتى يحد وضبط بعضهم أو زنت بتشديد النون أي نسبت غيرها الى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا فيزول الاشكال (ولا لعان بقذف الاخرس) لان ذلك متعلق بالصريح كحد القذف وكذلك اذا كانت هي خرساء وقال الشافعي يجب اللعان به ان كانت له اشارة مفهومة لان اشارته كالصريح وبه قال مالك وأحمد (و) لا لعان أيضا (بنفي الحمل) بان قال ليس حملك مني عند أبي حنيفة وزفر لان هذا تعليق القذف بالشرط كأنه قال ان كان بك حمل فهو من الزنا وذلك ليس بقذف وقالا ان أتت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ نفاه وجب عليه اللعان

وبه قال مالك وأحمد الا أنه يشترط استبراؤها وعدم وطئها بعد النفى لانه اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فقد تيقنا بوجوده عند النفى ولا كثر منها احتمل أن يكون حمل حادث وقال الشافعى يجب اللعان فى الحال لانه عليه السلام لاعن بين هلال وبين امرأته وهى حامل والحق الولد بها قلنا كان هلال قد قذفها بالزنا لا بنفى الحمل لانه شهد عليها بالزنا عنده عليه السلام هكذا ذكره الامام أحمد رحمه الله تعالى (وتلاعنا بزنيت) أى بقوله لها زنيت (وهذا الحمل منه) أى من الزنا لوجود القذف منه صريحا (ولم ينف الحمل) أى لا ينفى القاضى الحمل وقال الشافعى بنفيه لانه عليه السلام نفى ولد هلال وقد قذفها حاملا وبه قال مالك ولنا أن الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة والحديث محمول على أنه عرف الحمل بطريق الوحى (ولو نفى) الزوج (الولد) أى ولد امرأته (عند التهنئة) وهى قول الناس له عند الميلاد أقر الله عينك ونحوه (وابتياع) أى شراء (آلة الولادة) كالمهد ونحوه (صح) النفى (لا) يصح (بعده) أى بعد وجود هذه الاشياء هذا ظاهر المذهب لان تقادم العهد دليل الالتزام فلا يصح النفى بعده وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه مقدر بسبعة أيام وعنه بثلاثة أيام وعندهما تعتبر مدة النفاس لانه زمان الولادة وقال الشافعى فى أحد قوليه على الفور وفى آخر الى ثلاثة أيام (ولاعن) أى الزوج (فيهما) أى فى الصورتين جميعا لوجود القذف (وان نفى) الزوج (أول التوأمين وأقر) بالتوأم (الثانى حد) لانه أكذب نفسه بدعوى الثانى (وان عكس) بأن أقر بالولد الاول ونفى الثانى (لاعن) لانه قاذف بنفى الثانى ولم يرجع عنه وعند الشافعى يحد (وثبت نسبهما) أى نسب الولدين التوأمين (فيهما) أى فى الصورتين جميعا لانهما خلقا من ماء واحد فبثبوت نسب أحدهما يلزم ثبوت نسب الآخر ولو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان لزماه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (العنين)

هو فعيل بكسر العين وتشديد النون من عن اذا حبس فى العنة وهى حظيرة الابل أو من عن اذا عرض لانه يعرض يمينا وشمالا وهو لا يقصده وامرأة عنينة لا تشتهى الرجال وفى الشرع (هو) أى العنين (من لا يصل الى النساء) يعنى لا يقدر على جماعهن لآفة أصلية أو لمرض أو ضعف أو كبر سن أو من أخذ بسحر (أو يصل الى الثيب دون الابكار) لما ذكرنا أو يصل الى غير زوجته ولا يصل اليها (وجدت) المرأة (زوجها مجبوبا) وهو مقطوع الذكر والخصيتين (فرق فى الحال) بينهما لانه لا فائدة فى تأجيله ومعناه اذا طلبت هى لان الحق لها وفيه اشارة الى أنه لو جب بعد ما وصل اليها لا خيار لها كما اذا صار عنينا بعده ولو جاءت امرأته بولد بعد التفريق الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل تفريق القاضى بخلاف العنين حيث يبطل تفريقه كذا فى الغاية (وأجل) الزوج (سنة لو) كان (عنينا) لانه يحتمل أمره الوجوه المذكورة فيؤجل حولا لانه يعرف ذلك لاشتماله على الفصول الاربعة وتعتبر السنة القمرية فى ظاهر الرواية واختاره صاحب الهداية وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه تعتبر السنة الشمسية احتياطا وهو اختيار السرخسى والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم الا جزأ من ثلثمائة جزء من يوم

وفضل

وفصل ما بينهما عشرة أيام بالتقريب وفي المحيط يريد بالشمسية أن تعتبر بالايام لا بالأهلة فتزيد
على القمرية أحد عشر يوما لان حساب العجم بالايام لا بالاهلة ويحتسب بأيام الحيض
وشهر رمضان ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه فان حج أو غاب هو احتسب
عليه بخلاف ما اذا حجت هي أو غابت فان حبس وامتنعت من المجيء الى الحبس لم يحتسب عليه
وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة احتسب عليه والا لا وعلى هذا اذا حبس على مهرها (او) كان
(خصيا) كذلك لان وصوله مرجو بقاء ذكره وقالت الظاهرية لا يؤجل ولا يفرق لحديث
امرأة عبد الرحمن بن الزبير فانه عليه السلام لم يؤجله حين شكت اليه عدم تحريك آلته وانما
اجماع الصحابة رضي الله عنهم على تأجيله وقال ابن عبد البر قد صح أن حديث عبد الرحمن
كان بعد طلاقها فلا يكون حجة ولو كانت أمة فالى الخيار للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال زفر الخيار لها (فان وطئ) العنين أو المجبوب في السنة فبها (والا) أي وان لم يطأها لاستمرار
عجزه (بانت) المرأة (بالتفريق) أي بتفريق الزوج أو الحاكم عند أبي حنيفة لانه لما تعذر عليه
الامساك بالمعروف وجب عليه التسريح بالاحسان فان فعل الزوج والا يقام القاضي مقامه
دفعا للظلم وعنه هما وهو رواية عنه بانت بغير تفريق لان الشرع خيرها عند تمام الحول
(ان طلبت) المرأة التفريق لان ذلك حقها ثم الفرقة طلقة بائنة عندنا وعند الشافعي وأحمد هي
فسخ لانه رد بعيب قلنا انه طلاق لتعذره عن الامساك بالمعروف فوجب عليه التسريح
بالاحسان وامتنع فناب القاضي منابه فكانه طلق بنفسه وانما كانت بائنة لان المقصود دفع
الظلم عنها وذا لا يحصل الا بها (فلو قال) الزوج بعد تمام المدة (وطئت وأنكرت) المرأة الوطء ينبغي
أن ينظر اليها النساء فان نظرن اليها (وقلن) انما هي (بكر) على حالها (خيرت) المرأة لثبوت
حقها (وان كانت ثيبا) بأن قلن هي ثيب (صدق) الزوج (بحلفه) أي بيمينه يعني القول قوله مع
يمينه لان الثيابة ثبتت بقولهن وليس من ضرورة ثبوت الثيابة الوصول اليها لاحتمال زوالها
بشيء آخر فيحلف بخلاف البكارة لان ثبوتها ينفي الوصول اليها ضرورة فتخير بقولهن ثم ان
حلف فهي امرأته وان نكل خيرت لان دعواها تأيدت بالنكول وان كانت ثيبا في الاصل
فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق الفرقة عليه والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف
فلا حق لها وان نكل يؤجله سنة فاذا تمت فان ادعت عدم الوصول اليها فان صدقها خيرت
وان أنكر فالقول قوله مع يمينه فان حلف فهي امرأته وان نكل خيرت لما ذكرنا (وان اختارته)
أي وان اختارت المرأة زوجها العنين (بطل حقها) لان المخير بين شيئين لا يكون له الا أحدهما
وكذا اذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي قبل أن تختار شيأ ثم ان اختارت الفرقة
أمر القاضي الزوج أن يطلقها طلقة بائنة فان أبى فرق بينهما هكذا ذكره محمد في الاصل وقيل
تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج الى القضاء كخيار العتق ولو فرق بينهما ثم تزوجها ثانيا لم
يكن لها الخيار وان تزوج امرأة أخرى وهي عالمة بحاله ذكر في الاصل أن لا خيار لها لعلمها
بالعيب وذكر الخصاف أن لها الخيار لان العجز عن وطء امرأة لا يدل على العجز عن غيرها (ولم يخير
احدهما) أي أحد الزوجين (بعيب في الآخر) وقال الشافعي له أن يردها بالجنون والجذام
والبرص والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا وقال عليه السلام الحق باهلك حين

وجد بكشحها وضحاأو بياضا وبه قال مالك وأحمد وقال محمد ترد المرأة اذا كان بالزوج عيب فاحش كالجنون والجذام والبرص لتعذر وصولها الى حقها مع هذه العيوب فتتخير قلنا ان المستحق بالعقد هو الوطء وهذه العيوب لا تفوته كما فى البخر والجرب الا ترى انه اذا تزوج امرأة بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء بها شق مائل ولعاب سائل وهى عمياء مقطوعة اليدين والرجلين أو شلاء لا يثبت له الخيار وان فقد رضاه والحديث لم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب ولد اسمه زيد والله تعالى أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (العدة)

هى مصدر من عد يعد يقال عددت الشئ أى أحصيته وفى الشرع (هى) أى العدة (تربص) أى انتظار مدة (يلزم المرأة) عند زوال النكاح أو شبهته (عدة) المرأة الحرة (للطلاق او للفسخ) بأن وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مثل خيار العتق والبلوغ وملك أحد الزوجين صاحبه والردة وعدم الكفاءة (ثلاثة أقراء) ان كانت من ذوات الحيض وكان بعد الدخول بها ولم يذكر هذا القيد لان قبل الدخول لا عدة عليها وذلك لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وقوله (أى حيض) تفسير الاقراء فعندنا القرء الحيض وبه قال أحمد فى الاصح وعند الشافعى ومالك الطهر لان الهاء تدخل فى جمع المذكر والطهر مذكر والحيض مؤنث وحقها تذكر بلفظ المذكر كما فى قوله تعالى سبع ليال وثمانية أيام فثبت ان قوله ثلاثة قروء الاطهار لا الحيض ولنا قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية فجعل الاشهر عند عدم الحيض فدل على أنه الاصل وقوله عليه السلام عدة الامة حيضتان رواه أبو داود من حديث عائشة مرفوعا والامة لا تخالف الحرة فى جنس ما تقع به العدة وانما تخالفها فى العدد وروى ذلك نصا عن الخلفاء الراشدين والعبادلة الثلاثة وأبى بن كعب ومعاذ بن جبل وأبى الدرداء وغيرهم رضى الله تعالى عنهم أجمعين حتى روى عن عمر رضى الله عنه انه قال بحضرة الصحابة لو قدرت ان أجعل عدة الامة حيضة ونصفا لفعلت والقرء له جمعان القروء والاقراء ولفظ القرء مذكر لفظا مؤنث معنى وانما ذكره بلفظ الهاء اظاهر لفظه ولانه تعالى نص على الثلاثة وعلى الجمع بقوله ثلاثة قروء والثلاثة اسم لعدد معلوم لا يجوز اطلاقه على اكثر منه أو أقل وحمله على الاطهار يؤدى الى الاطلاق على الاقل وهو طهران وبعض الثالث كما هو مذهبهم وهو خلف وكذا الجمع الكامل هو الثلاثة وهو حقيقة فيه فكان أولى فان قلت يجوز اطلاق لفظ الجمع على اثنين وبعض الثالث كما فى قوله تعالى الحج أشهر معلومات قلت هذا فى المجرد عن العدد وأما العدد أو الجمع المقرون به فلا (او) عدة الحرة (ثلاثة اشهر ان لم تحض) لصغر أو كبر لقوله تعالى واللائى يئسن (و) العدة (للموت) اى الموت الزوج (اربعة اشهر وعشر) سواء كانت المرأة مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة قبل الدخول وبعده لقوله تعالى والذين يتوفون منكم الآية وهو حجة على مالك فى الكتابية حيث أوجب الاستبراء عليها فقط ان كانت مدخولا بها ولم يوجب شيأ على غير المدخول بها (و) العدة (للامة قرآن) أى حيضتان لما روينا عن قريب هذا فى الطلاق بعد الدخول وكانت ممن تحيض (و) ان كانت ممن لا تحيض لصغر أو كبر أو كانت متوفى عنها زوجها فهى (نصف المقدر) فى حق الحرة وهو شهر ونصف فى الطلاق بعد الدخول وشهران وخمسة أيام فى الوفاة

عليه اجماع الامة ولا فرق فى ذلك بين القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة ومعتقة البعض عند أبى حنيفة لوجود الرق فى الكل (و) العدة (للحامل وضعه) أى وضع الحمل سواء كانت حرة أو أمة وسواء كانت العدة عن طلاق أو وفاة أو غير ذلك لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وهو قول ابن مسعود وعمر رضى الله تعالى عنهما وقال على رضى الله عنه عدتها أبعد الاجلين لان النصوص متعارضة فبعضها يوجب تربص ثلاثة قروء وبعضها أربعة أشهر وعشرا وبعضها وضع الحمل فقلنا بوجوب الابعد احتياطا قلنا آية الحمل متأخرة فيكون غيرها منسوخا بها أو مخصوصا وقال ابن مسعود رضى الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الاربعة أشهر وعشرا رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه (و) عدة (زوجة الفار ابعد الاجلين) من عدة الوفاة ومن عدة الطلاق عندهما وعند أبى يوسف تعتد عدة الطلاق وهو القياس لان النكاح زال به وبقى فى حق الارث حكما احتياطا الاجماع الصحابة وجه الاستحسان انه لما ورثت جعل النكاح قائما حكما الى الوفاة اذ لا ارث لها الا به فكذا فى حق العدة بل أولى ولو قتل الرجل على الردة حتى ورثته امرأته فهو على الاختلاف وقيل يجب عليها عدة الطلاق بالاجماع لان النكاح لم يعتبر باقيا الى الموت لانه لو اعتبر لما ورثت اذ المسلم لا يرث الكافر بل الارث مستند الى قبيل الردة (ومن) أى الامة اذا (اعتقت فى عدة) الطلاق (الرجعى) فعدتها كعدة الحرة لان النكاح باق من كل وجه فوجب انتقال عدتها الى عدة الحرائر (لا) اذا عتقت فى عدة الطلاق (البائن و) عدة (الموت) أى موت الزوج لزوال النكاح ولم يتكامل الملك بعده والطلاق فى الملك الناقص لا يوجب عدة الحرائر فلا تنتقل عدتها بخلاف ما لو آلى منها ثم أبانها ثم أعتقها سيدها حيث تصير مدة ايلائها مدة ايلاء الحرائر ولا فرق فيه بين البائن والرجعى والفرق أن البينونة ليست من أحكام الايلاء فالبائن والرجعى فيه سواء بخلاف العدة فان سببها الطلاق وهى تعقبه فتعتبر فيها صفته وقوله (كالحرة) فى محل الرفع على انه خبر عن قوله ومن أعتقت أى والامة التى أعتقت فى عدة الرجعى عدتها كعدة الحرة كما ذكرنا (و) عدة (من عاد دمها بعد) ما اعتدت عدة (الاشهر) وهى الآيسة اذا اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها ووجب عليها (الحيض) أى العدة بالحيض معناه اذا رأته على العادة الجارية لان عوده مبطل للاياس لان شرط الخلفية تحقق الاياس عن الاصل وذلك بالعجز الدائم الى الموت كالفدية فى حق الشيخ الفانى وكذا اذا حبلت من زوج آخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها لانه تبين انها من ذوات الاقراء اذ الآيسة لا تحيض والصغيرة اذا حاضت بعد انقضاء عدتها بالاشهر لا تستأنف لانه لم يتبين انها كانت من ذوات الاقراء بخلاف ما اذا حاضت فى أثناء العدة حيث تستأنف تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل ثم ان الشيخ رحمه الله تعالى ذكر الاستئناف مطلقا وذكر فى الايضاح هذا فى الرواية التى لم يقدر للاياس مقدارا أما على الرواية التى قدر للاياس قدر اذا بلغته ثم رأت الدم لم يكن حيضا وذكر فى الغاية معزيا الى الاسبيجابى على رواية عدم التقدير لو اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا وذكر فيه على رواية التقدير للاياس اذا رأت دما بعد ذلك اختلاف المشايخ أيضا فثبت بهذا ان ما تراه من الدم بعد تبين الاياس فيه اختلاف المشايخ على الروايتين قيل يكون حيضا وتستأنف العدة ويبطل النكاح

ان تزوجت وقيل لا يكون حيضا ولا تستأنف العدة ولا يبطل النكاح وقول صاحب الهداية يقتضى انه اختار البطلان والاسبيجابى عدمه وقيل ان كان أسود أو أحمر فهو حيض وان كان اخضر أو أصفر فلا اعتبار به ثم تفسير قول من لم يقدر الاياس ظاهر وهو أن تبلغ حدا لا يحيض فيه مثلها وذلك يعرف بالاجتهاد وأما على قول من قدره فقد اختلفوا فيه فقيل ستون سنة وقال الصفار سبعون سنة وقال بعضهم يعتبر بقراباتها وقيل بتركيب بدنها لاختلاف الطبائع باختلاف البلدان وعن أحمد خمسون فى العجمية وستون فى العربية وعن محمد انه قدره فى الروميات بخمس وخمسين سنة وفى غيرهن بستين سنة وعند الاكثرين خمس وخمسون سنة وعليه الفتوى وهو قول عائشة رضى الله عنها وسفيان الثورى وابن المبارك وابن مقاتل الرازى وبه أخذ الصدر الشهيد ونصر بن يحيى وأبو الليث رحمهم الله (و) عدة (المنكوحة نكاحا فاسدا أو الموطوأة بشبهة و) عدة (أم الولد الحيض للموت) أى لموت أزواجهن (وغيره) اى وغير الموت من تفريق القاضى أو عزم الواطئ على ترك وطئها أو عتق أم الولد بشرط أن لا تكن حاملات ولا آيسات لان عدتهن للتعريف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف فى غير الحامل والآيسة فلا يختلف بين الموت وغيره فان قلت فعلى هذا ينبغى أن يكتفى بحيضة كالاستبراء لانه يحصل بها التعريف قلت النكاح الفاسد ملحق بالصحيح كما فى البيع حتى يفيد الملك اذا اتصل به القبض والوطء بشبهة هو كالفاسد حتى يجب به المهر وغيره وعدة ام الولد وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح وقال الشافعى ومالك تجب العدة على أم الولد بحيضة واحدة يروى ذلك عن عائشة وابن عمر رضى الله تعالى عنهم وقال الاوزاعى عدتها فى موت مولاها أربعة أشهر وعشر رواه عمرو بن العاص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجه أبو داود وضعفه واماما فيه عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم وكفى بهم قدوة هذا اذا لم تكن معتدة أو مزوجة فأما اذا كانت مزوجة أو معتدة فلا تجب عليها العدة بموت المولى ولا بالعتق لعدم فراش المولى معه ولو مات المولى والزوج ولا يدرى أيهما أول وبين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها ان تعتد بأربعة أشهر وعشر وان كان بين موتيهما أكثر من ذلك تعتد بأربعة أشهر وعشر لاحتمال أن المتأخر الزوج و يعتبر فيها ثلاث حيض لاحتمال أن المتأخر هو المولى وأنه مات بعد انقضاء عدتها من الزوج وان لم يعلم ما بينهما فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة تعتد بأربعة أشهر وعشر ولا يعتبر فيها الحيض (و) عدة (زوجة الصغير الحامل عند موته) أى عند موت الزوج (وضعه) أى وضع الحمل وهو ان تلد لاقل من ستة أشهر من وقت موته وقيل لاقل من سنتين ولا كثر من سنتين حادث اجماعا وكذا اذا ولدت لا كثر من ستة أشهر عند الجمهور وقال أبو يوسف عدتها الشهور كما فى الحمل الحادث بعده وبه قالت الثلاثة ولهما اطلاق النص (و) عدة زوجة الصغير (الحامل بعده) أى بعد موت زوجها (الشهور) بلا خلاف لانه لم يثبت وجوده وقت الموت لا حقيقة ولا حكما فتعينت الاشهر عند الموت فلا يعتبر بحدوثه بعد ذلك بخلاف امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان نسبه ثابت الى حولين (والنسب) أى نسب الولد (منتف فيهما) اى فى الوجهين جميعا وهما الحمل الحادث بعد الموت والحادث عند الموت لاستحالته من الصغير لان النسب يعتمد الماء ولا ماء له واقامة النكاح مقام

الماء عند التصور (ولم تعتد) المرأة (بحيض طلقت فيه) أى فى الحيض يعنى اذا طلقت وهى حائض لا يعتد بتلك الحيضة التى وقع فيها الطلاق لان الواجب عليها ثلاث حيض أو ثنتان بالنص فلا ينتقص عنها (وتجب عدة أخرى) بعد وجوب عدة واحدة (بوطء المعتدة بشبهة) بأن تزوجها رجل أو وجدها على فراشه وقالت النساء انها زوجتك (وتداخلتا) أى العدتان (و) الدم (المرئى) محتسب به (منهما) أى من العدتين (وتتم) المرأة العدة (الثانية ان تمت) العدة (الاولى) ولم تكمل الثانية فان كان الوطء بشبهة بعد انقضاء حيضة مثلا فحاضت حيضتين بعدها تمت عدة الاولى ووجب عليها أن تتم الثانية بحيضة ثالثة وهذا معنى التداخل وقال الشافعى لا يتداخلان سواء كانتا من جنس واحد بأن كانتا بحيض أو أشهرا ومن جنسين بأن كانت احداهما بحيض والاخرى بأشهر بل تتم الاولى ثم تشرع فى الثانية لانهما حقان واجبان فلا يتداخلان وان وجبتا من واحد بأن وطئها زوجها وهى معتدة من طلاق يتداخلان وبه قال أحمد ولنا ان العدة شرعت لتعرف براءة الرحم وهذا الغرض يحصل مع التداخل ولو كانت معتدة الوفاة فوطئت بشبهة تعتد بالاشهر ويحتسب ما تراه من الحيض فيها من العدة الثانية تحقيقا للتداخل بقدر الامكان (ومبدأ العدة) أى ابتداؤها (بعد الطلاق) اذا طلقها زوجها (و) بعد (الموت) أى موت زوجها يعنى عقيب الوفاة لانهما السبب فى وجوبها فيعتبر ابتداؤها من حين وجود السبب ولو لم تعلم بالطلاق أو الموت حتى مضت مدة العدة فقد انقضت لانها أجل فلا يشترط فيه العلم لانقضائه ولو أقر بانه طلقها منذ زمان قالوا فان كذبته المرأة أو قالت لا أدرى تجب العدة من وقت الاقرار ويجب لها عليه النفقة والسكنى ولا يحل له أن يتزوج بأختها ولا أربع سواها حتى تنقضى عدتها وان صدقته فى الاسناد ذكر فى الاصل ان عليها العدة من وقت الطلاق واختيار مشايخ بلخ أن تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانه الطلاق ولا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بسقوطه وينبغى على قول هؤلاء أن لا يحل له التزوج باختها وأربع سواها حتى تنقضى العدة من وقت الاقرار (و) مبدؤها (فى النكاح الفاسد بعد التفريق) اى بعد تفريق القاضى بينهما (او) عقيب (العزم) أى عزم الواطئ أى قصده (على تركها) بأن يقول تركتك أو خليت سبيلك أو نحو ذلك لا بمجرد العزم وقال زفر من آخر الوطآت حتى لو كانت حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلاث حيض فقد انقضت العدة لان المعنى الموجب للعدة فى النكاح الفاسد الوطء فاذا وجد تعلقت به العدة ولنا أن كل وطء يوجد فى النكاح الفاسد يجرى مجرى وطء واحد بدليل أنه استند الى حكم العقد فان لم توجد الفرقة أو العزم على ترك وطئها فحكمه يتوقف فلا تثبت به العدة مع جواز وجوده (وان قالت) المرأة (مضت عدتى وكذبها الزوج) بأن قال ما مضت الى الآن (فالقول لها) أى للمرأة (مع الحلف) لانها أمينة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها وقد ذكرنا أدنى المدة التى تصدق فيها فى آخر باب الرجعة (ولو نكح) رجل (معتدته) بأن كان طلاقها بما دون الثلاث ثم تزوجها فى العدة (وطلقها قبل الوطء) أى قبل الدخول بها (وجب) عليه (مهر تام) أى كامل (وعدة مبتداة) أى مستقبلة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال زفر لها نصف المهر او المتعة ولا عدة عليها الا ان العدة الاولى بطلت بالتزوج فلا تجب العدة

بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول وقال محمد لها نصف المهر أو المتعة وعليها اتمام العدة الاولى لمعنى قاله زفر غير أن اكمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه ولهما ان الوطء قبض وهي مقبوضة في يده بالوطء الاول لبقاء أثره وهو العدة فاذا عقد عليها ثانيا وهي مقبوضة في يده ناب القبض الاول عن القبض المستحق بالثاني كالغاصب (ولو طلق ذمي ذمية لم تعتد) أي لا يجب عليها العدة اذا كانت لا تجب في معتقدهم عند أبي حنيفة وروى عنه انه لا يطأها حتى يستبرئها بحيضة وعنه أنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وقالا عليها العدة لانها حق الزوج وان كان فيها حق الشرع ولهذا يجب على الصغيرة وله انها لو وجبت عليها حقا للشرع فلا يمكن لانها غير مخاطبة ولو كان حقا للزوج وهو لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده ولو كانت حاملا لا تتزوج بالاجماع حتى تضع حملها وعلى هذا الخلاف الحربية اذا خرجت الينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية وكذا اذا مات عنها زوجها الذمي والله أعلم

*(فصل) في بيان الاحداد وهو ترك الزينة والطيب وفيه لغتان أحدت احدادا فهي محد وحدت تحد من باب ضرب ونصر حدادا فهي حاد وأصل الحد المنع ومنه سمي البواب حدادا (تحد) من الحد أو الاحداد كما ذكرناه (معتدة البت) أي القطع وأراد به معتدة الطلاق البائن سواء كانت حرة أو أمة وقال الشافعي في أظهر قوليه لا يجب عليها لورود النص في المتوفى عنها زوجها وبه قال مالك وأحمد ولنا ما روى انه عليه السلام نهى عن المعتدة ان تختضب بالحناء رواه النسائي وهو مطلق فيتناول المطلقة (و) تحد معتدة (الموت) بلا خلاف لقوله عليه السلام المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل رواه أحمد وابو داود والنسائي والباء في قوله (بترك الزينة) تتعلق بقوله تحد أي الاحداد بترك التزين بالحلي بالذهب والفضة والجواهر كلها ولبس الحرير وغيره من الثياب المصبوغة (و) ترك (الطيب) بأنواعه (و) ترك (الدهن) بفتح الدال لانه مصدر من دهن يدهن وبالضم الاسم كالزيت البحت والشيرج البحت والسمن ونحوها الا عند الضرورة (و) ترك (الكحل) بفتح الكاف وهو استعمال الكحل بالضم (الا بعذر) يرجع الى الكل فيجوز لها لبس الحرير لعذر الحكة والقمل واستعمال الطيب والدهن للتداوي والكحل للرمد ونحوه (و) ترك (الحناء) لانه طيب كذا في حديث أخرجه النسائي (و) ترك (لبس المعصفر) وهو الثوب المصبوغ بالعصفر (و) الثوب (المزعفر) وهو المصبوغ بالزعفران وكذا الثوب الممشق وهو الثوب المصبوغ بالمشق وهو المغرة ولا بأس بلبس المصبوغ أسود لانه لا يقصد به الزينة وذكر الحلواني ان المراد بالثياب المذكورة الجدد منها أما لو كان خلقا بحيث لا تقع به الزينة فلا بأس به وهذا (ان كانت) المرأة المعتدة (بالغة) فلا يجب على الصغيرة (مسلمة) فلا يجب على الذمية لان الحداد حق الشرع وهما ليستا من أهل الخطاب وقالت الثلاثة عليهما الحداد لاطلاق النصوص (لا) تحد (معتدة العتق) بأن أعتق أم ولده لانها ما فاتها نعمة النكاح (و) لا معتدة (النكاح الفاسد) كذلك ولا معتدة الطلاق الرجعي لقيام نعمة النكاح (ولا تخطب معتدة) أي معتدة كانت (وصح التعريض) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة

النساء وهو أن يقول انى أريد أن أتزوج أو يقول انك لجميلة أو لصالحة ونحو ذلك من الكلام الدال على ارادة التزوج بها ولا يصرح بالنكاح (ولا تخرج معتدة الطلاق) سواء كان رجعيا أو بائنا (من بيتها) بل تعتد فى المنزل الذى كان يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الطلاق لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحدود عليهن نقل ذلك عن ابن مسعود وقال ابن عباس ان تكون بذية اللسان فتؤذى أحماءها فتخرج من منزل الزوج ولو طلقها وهى زائرة وجب عليها أن ترجع الى منزلها وليس لها أن تخرج منه الا لضرورة من خوف على نفسها أو مالها ولو كان الزوج غائبا فأخذت بالكرى فلا تخرج منه ان كانت قادرة بل تدفع وترجع به على الزوج ان كان باذن الحاكم ولا تخرج الى صحن دار فيها منازل لغيره لانه بمنزلة السكة والصغيرة تخرج فى الطلاق البائن بخلاف الرجعى حيث لا تخرج الا باذنه لقيام النكاح والكتابية تخرج لانها غير مخاطبة بحكم الشرع وللزوج أن يمنعها صيانة مائه بخلاف الصغيرة لانها لا يتوهم منها الحبل والمعتوهة كالكتابية فى هذا (ومعتدة الموت تخرج اليوم) أى فى اليوم كله (و) تخرج (بعض الليل) لان نفقتها عليها فتحتاج الى الخروج للتكسب وأمر المعاش بالنهار وبعض الليل فيباح لها الخروج فيهما غير انها لا تبيت فى غير منزلها بخلاف المعتدة عن طلاق لان نفقتها دارة عليها حتى لو اختلعت على نفقتها يباح لها الخروج فى رواية للضرورة وقيل لا (وتعتدان) أى المتوفى عنها زوجها والمطلقة (فى بيت وجبت) العدة (فيه) أى فى ذلك البيت اما المطلقة فظاهر واما معتدة الوفاة فانها تعتد فيه اذا كان نصيبها من دار الميت يكفيها أو أذنوا لها بالسكنى فيه وهم كبار أو تركوها ان تسكن فيه بأجر وهى تقدر على ذلك لقوله عليه السلام لفريعة بنت مالك حين قتل زوجها ولم يدع مالا ترثه وطلبت ان تتحول الى أهلها لاجل الرفق عندهم امكثى فى بيتك الذى أتاك فيه نعى زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله رواه الترمذى وصححه (الا أن تخرج) معتدة الوفاة بأن تخرجها الورثة فيما اذا كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها (او ينهدم) البيت الذى كانت تسكنه فحينئذ يجوز لها الانتقال الى غيره للضرورة وكذا اذا خافت على نفسها أو مالها أو كانت فيها بأجر ولم تجد ما تؤديه جاز لها الانتقال ثم لا تخرج من البيت الذى انتقلت اليه الا بعذر لانه يأخذ حكم الاول بخلاف المطلقة حيث يكون تعيينه الى الزوج لعدم الاستبداد بالسكنى واذا طلقها بائنا وسكنت فى منزل يجعل بينها وبينه سترة حتى لا تقع الخلوة بالاجنبية واكتفى بالحائل لاعتراف الزوج بالحرمة وان كان فاسقا يخاف عليها منه أو كان الموضع ضيقا لا يسعهما فلتخرج هى والاولى خروجه هو لوجوب السكنى عليها فيه وان جعل القاضى امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن (بانت) امرأة من زوجها (او مات) زوجها (عنها) حال كونهما (فى سفر و) الحال ان (بينها) أى بين المرأة (و بين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت) المراة أى عادت (اليه) أى الى مصرها وهذا اذا كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام وأما اذا كان دونه فلها الخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت والرجوع أولى (ولو) كان بينها وبين مقصدها (ثلاثة) ايام فلها الخيار ان شاءت (رجعت) الى مصرها (او مضت) الى مقصدها سواء كان (معها ولى) أى محرم (او لا) يكون (ولو) بانت أو مات عنها حال كونهما

(فى مصر تعتد ثم) أى فى المصر (فتخرج) من المصر (بمحرم) عندهما الان نفس الخروج يرخص لها للضرورة وعند أبى حنيفة لا تخرج بمحرم ولا بغيره حتى تفرغ من العدة فتخرج منه بمحرم وأهل الكلا اذا انتقلوا تنتقل المعتدة معهم ان كانت تتضرر بتركها فى ذلك المكان والطلاق الرجعى فى هذا كالبائن فيما ذكر من الاحكام غير انها ليس لها أن تفارق زوجها فى مسيرة سفر لقيام الزوجية والمبانة ترجع أو تمضى مع من شاءت لارتفاع النكاح والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (ثبوت النسب) *

(ومن قال ان نكحتها) أى ان نكحت فلانة (فهى طالق) فنكحها (فولدت لستة اشهر منذ) أى من حين (نكحها لزم نسبه) لانها فراشه وهو متصور وقال زفر لا يثبت وبه قال محمد أولا لان الوطء فى هذا العقد غير ممكن لوقوع الطلاق قبله من غير مهلة ولنا وهو الاستحسان ان النسب يحتال لاثباته وقد أمكن ذلك بأن يجعل كانه تزوجها وهو مخالطها فوافق الانزال النكاح ثم وجد الطلاق بعد ذلك لانه حكمه وحكم الشئ يعقبه أو يقارنه على ما قاله البعض فيكون العلوق مقارنا للزوال فيثبت له النسب فصار كتزوج المغربى بالمشرقية وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها للامكان العقلى وهو أن يصل اليها بخطوة كرامة من الله تعالى والشرط أن تلد لستة أشهر من وقت التزوج من غير نقصان ولا زيادة لانها اذا جاءت به لاقل منه تبين ان العلوق كان سابقا على النكاح وان جاءت به لاكثر منه تبين انها علقت بعده (و) لزمه (مهرها) لانه لما ثبت به النسب تأكد به المهر وكان ينبغى أن يجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالنكاح وعن أبى يوسف يجب مهر ونصف النصف للطلاق قبل الدخول والمهر بالدخول وفى المنتقى ولا يكون به محصنا (ويثبت نسب ولد معتدة) الطلاق (الرجعى وان ولدته) أى الولد (لاكثر من سنتين مالم تقر بمضى العدة) لاحتمال الوطء والعلوق فى العدة لجواز كونها ممتدة الطهر (فكان) وطؤه اللازم من ثبوت النسب الواقع فى العدة (رجعة) عليها اذا كان الميلاد (فى اكثر منهما) أى من السنتين لان الظاهر ان العلوق وقع بعد الطلاق حملا لحالها على الاحسن وهو نفى الزنا عنها والوطء فى العدة من طلاق رجعى يكون رجعة (لا) يكون رجعة اذا كان الميلاد (فى اقل منهما) أى من سنتين لانها بانت منه لانقضاء عدتها بوضع الحمل ولكن النسب ثابت أيضا لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدة وكذا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر يثبت النسب ولا يكون رجعة لانها تبين بالوضع (والبت) بالجر عطفا على قوله معتدة الرجعى أى ويثبت نسب ولد معتدة الطلاق البت اذا ولدت (لاقل منهما) أى من السنتين لانه كان موجودا عند الطلاق أو يحتمله فيحمل عليه (والا) أى وان لم تأت به لاقل منهما بل أتت به لاكثر (لا) يثبت نسبه لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لحرمة وطئها فى العدة وتنقضى به العدة عند أبى يوسف وعندهما يحمل على ان عدتها انقضت قبل الولادة لستة أشهر وتزوجت بغيره وجاءت به منه فترد ما أخذت من النفقة منه فى تلك المدة ولا يسمع اقراره انه من الزنا فى حق الولد لانه ضرر محض فى حقه ولو ولدت توأمين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر منهما ثبت نسبهما منه عند أبى حنيفة وأبى يوسف كالجارية اذا ولدت ولدين بعد بيعها ثم ادعى البائع الولد الاول ثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد وقال محمد لا يثبت نسبهما (الا أن يدعيه) الزوج لانه التزمه ولثبوت نسبه وجه وهو

الوطء

الوطء فى العدة بشبهة هكذا ذكر الشراح وفيه نظر لان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة فى الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه فى كتاب الحدود فكيف اثبت به النسب هنا وفى النهاية أن الزوج اذا ادّعاه هل يشترط فيه تصديق المرأة قال فيه روايتان ثم المعتبر خروج الاكثر لاقل من سنتين وهو خروج الصدر منه ان خرج مستقيما وان كان منكوسا فسرته وهو المعتبر فى انقضاء العدّة وفى حق الارث اذا مات قبل أن يخرج كله (والمراهقة) بالجرّ أيضا أى يثبت نسب ولد المرأة المطلقة المراهقة اذا جاءت به (لاقل من تسعة أشهر) من حين طلقها (والا) أى وان لم يكن لاقل منها بل جاءت لاكثر منها (لا) يثبت عندهما سواء كان بائنا او رجعيا وقال أبو يوسف يثبت اذا جاءت به الى سنتين كالبالغة وفى المطلقة طلاقا رجعيا يثبت نسبه الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا فى آخر العدّة وهى ثلاثة أشهر ثم تأتى به لاكثر مدّة الحمل وهى سنتان ولهما أنها صغيرة ولانقضاء عدّة الصغيرة جهة معينة فى الشرع فينزل سكوتها عن الاقرار بانقضائها بمنزلة الاعتراف به (والموت) بالجرّ أيضا أى يثبت نسب ولد معتدة الموت اذا جاءت به (لاقل منهما) أى من سنتين من وقت الموت وقال زفر اذا ولدته لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام من حين مات لا يثبت لانها قد اعتدت ولا يتيقن بكونها حاملا فلا يثبت بالشك ولنا احتمال كونها حاملا اذا لم تقرّ بانقضاء عدتها حملا للامر على الصحة (والمقرّة) بالجرّ أيضا أى يثبت نسب ولد المقرّة (بمضيها) أى بمضى العدّة اذا جاءت به (لاقلّ من ستة أشهر من وقت الاقرار) لظهور كذبها بيقين هذا اذا جاءت به لاقلّ من سنتين من وقت الفراق وان جاءت به لاكثر منهما لا يثبت وان كان اقلّ من ستة أشهر من وقت الاقرار (والا) أى وان لم تجئ به لستة أشهر من وقت الاقرار بل جاءت به لاكثر (لا) يثبت نسبه منه وقال الشافعىّ يثبت لان حمل أمرها على الصلاح ممكن ولنا أنها أمينة فى الاخبار عما فى رحمها وقد أخبرت بمضى عدتها وهو ممكن فوجب قبول خبرها ولا يلزم من قطعه عنه أن يكون من الزنا لاحتمال التزوج بغيره (والمعتدّة) بالجرّ أيضا أى يثبت نسب ولد المعتدّة سواء كانت معتدّة من طلاق بائن أو رجعىّ أو وفاة (ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) عند أبى حنيفة وقالا يثبت بشهادة امرأة واحدة قابلة لقيام الفراش بقيام العدّة وعند الشافعىّ بشهادة أربع من النساء وعند مالك بامرأتين وله انها تنقضى باقرارها بوضع الحمل فزال الفراش والمنقضى لا يكون حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط فيه كمال الحجة ثم قيل تقبل شهادة الرجلين ولا يفسقان بالنظر الى العورة اما أنه يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمدا أو للضرورة كما فى شهود الزنا (او) يثبت نسب ولد المعتدة بشهادة القابلة مع وجود (حبل ظاهر) بالاتفاق (او اقرار من الزوج (به) أى بالحبل (او تصديق الورثة) بالجرّ عطف على قوله بشهادة رجلين اى يثبت نسب ولد المعتدّة عن وفاة بتصديق الورثة كلهم أو بعضهم ومعناه أن يصدّقوها فيما قالت ولم يشهدوا به وهذا الثبوت فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم ويثبت فى حق غيرهم أيضا استحسانا وان كان القياس يأباه لما فيه من حمل النسب على الغير وهو الميت وجه الاستحسان انهم قائمون مقام الميت فيقبل قولهم ثم اعلم أنه لا بدّ من شهادة القابلة لتعين الولد اجماعا فى جميع هذه الصور والخلاف فى ثبوت نفس الولادة بقولها فعند أبى حنيفة تثبت به فى الصور

الثلاث وعندهما الاتثبت الابشهادة القابلة وأمانسب الولد فلا يثبت بالاجماع الابشهادة القابلة لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين وثمرة الاختلاف لاتظهر الافى حق حكم آخر كالطلاق والعتاق بأن علقهما بولادتها حتى يقع عند ابى حنيفة بقولها ولدت لانها أمينة لاعترافه بالحبل أولظهوره فقبل قولها وعندهما لايقع شئ حتى تشهد قابلة نص عليه فى الايضاح والنهاية وغيرهما (والمنكوحة) بالجرأيضا أى يثبت نسب ولد المنكوحة اذا جاءت به (لستة أشهر فصاعدا) أى أو أكثر من ستة اشهر من وقت التزوج وانتصابه على الحال وذو الحال محذوف تقديره فذهب صاعدا كما فى قوله اذهب راشدا وان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه ويفسد النكاح لاحتمال أنه من زوج آخر بنكاح صحيح أوشبهة (وان سكت) الزوج ولم يعترف به وهو واصل بما قبله لان الفراش قائم والمدة تامة (وان جحد) الزوج الولادة (فبشهادة) أى فيثبت بشهادة (امرأة) واحدة تشهد (على الولادة) حتى لونفاه الزوج لاعن به وهذا بالاجماع (فان ولدت) المرأة ولدا (ثم اختلفا) أى المرأة وزوجها (فقالت) المرأة (نكحتنى منذستة أشهر وادعى) الزوج (الاقل) منها (فالقول لها) أى للمرأة لها (و (هو) أى الولد (ابنه) أى ابن الزوج بشهادة الظاهر ويجب أن تستحلف عندهما خلافا لابى حنيفة (ولوعلق) الزوج (طلاقها) أى طلاق امرأته (بولادتها) بأن قال ان ولدت فأنت طالق (وشهدت امرأة) واحدة (على الولادة لم تطلق) المرأة عند أبى حنيفة لانها ادعت الحنث فلا يثبت الابحجة تامة وقالا تطلق لان شهادتهن حجة فيما لايطلع عليه الرجال (وان كان) الزوج قد (اقر بالحبل) فيما اذا علق طلاقها بالولادة (طلقت بلاشهادة) يعنى تطلق بقولها ولدت من غير شهادة أحد عند أبى حنيفة لان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة وقالا يشترط شهادة القابلة لانها تدعى الحنث فلا يقبل قولها بدون الحجة وشهادة القابلة حجة فى مثله على ماذكرنا وعلى هذا الخلاف لو كان الحبل ظاهرا (واكثر مدة الحمل سنتان) عندنا وقال الشافعى رحمه الله أربع سنين وهو المشهور من مذهب مالك وأحمد وعن مالك خمس سنين وعنه سبع سنين وهو قول ربيعة وعن الزهرى ست سنين وعن الليث ابن سعد ثلاث سنين وعن أبى عبيد ليس لاقصاه وقت يوقف عليه وتعلقوا فى ذلك بحكايات لايثبت الحكم بها ولنا قول عائشة رضى الله عنها لايبقى الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل وهو محمول على السماع لانه لايدرك بالرأى وظل المغزل مثل لقلته لان ظله حال الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال وهو على حذف المضاف تقديره ولو بقدر ظل مغزل ويروى ولو بفلكة مغزل أى ولو بقدر دوران فلكة مغزل (وأقلها) أى أقل مدة الحمل (ستة أشهر) بالاجماع قال تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وفصاله فى عامين فيبقى للحمل ستة أشهر روى هذا عن على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم (فلو نكح) رجل (أمة) لرجل (فطلقها) بائنا أو رجعيا (فاشتراها) أى الامة (فولدت لاقل من ستة أشهر منه) أى من وقت الشراء (لزمه) الولد لانه ولد المعتدة لتقدم العلوق على الشراء فيلزمه سواء أقر به أو نفاه (والا) اى وان لم تلد لاقل من ستة أشهر بل ولدت لاكثر منها (لا) يلزمه لانه ولد المملوكة لتاخر العلوق عن الشراء فلا يلزمه الابالدعوة هذا اذا كان بعد الدخول وان كان قبله فان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق لايلزمه وان كان لاقل منه لزمه اذا ولدته لتمام

ستة أشهر أو أكثر من وقت التزوج ولاقل منه من وقت الطلاق لان العلوق حدث في حال قيام النكاح وان كان لاقل لا يلزمه لان العلوق سابق على التزوج وكذلك اذا اشترى زوجته قبل ان يطلقها في جميع ما ذكرنا من الاحكام (ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة) واحدة (بالولادة فهي) اى الامة تصير (ام ولده) لانه يثبت بدعوته والولادة تثبت بشهادة القابلة هذا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت قال ذلك للتيقن بوجوده في ذلك الوقت وان ولدته لاكثر منها لا يلزمه لاحتمال العلوق بعده (ومن قال لغلام هو ابني ومات) بعد ذلك (فقالت امه) أى أم الغلام (انا امرأته وهو) أى الابن (ابنه يرثانه) أى الام والابن يرثان هذا الميت لتعين النكاح الصحيح لثبوت النسب لان الشرط ههنا أن تكون المرأة معروفة بالحرية والاسلام وبكونها أم الغلام والا فالقياس يقتضى ان لا يكون لها الارث لان النسب يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء بشبهة وبأمية الولد فلا يكون الاقرار به اقرارا بالزوجية (فان جهلت حريتها) أى حرية المرأة في المسئلة المذكورة (فقال وارثه) اى وارث الميت (انت ام ولد ابي فلا ميراث لها) اى للمرأة لان الحرية الثابتة بظاهر الحال تصلح لدفع الرق ولا تصلح لاستحقاق الارث كاستصحاب الحال وعلى هذا لو قال الوارث انها كانت نصرانية وقت موت أبي ولم يعلم اسلامها فيه أو قال كانت زوجة له وهي أمة ينبغي أن لا ترث لما قلنا وقالوا لها مهر المثل في مسئلة الكتاب لان الوارث أقر بالدخول عليها ولم يثبت كونها أم ولد والله أعلم

* هذا (باب) في بيان أحكام (الحضانة) *

هي مأخوذة من الحضن وهو ما دون الابط الى الكشح وحضنا الشئ جانباه وحضن الطائر بيضه يحضنه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه وكان المربي للولد يتخذه في حضنه والى جانبه (أحق بالولد) أى بحضانته (أمه قبل الفرقة وبعدها) ما لم تتزوج بزوج آخر بالاجماع الا أن تكون مرتدة أو فاجرة ولا تجبر عليها في الصحيح لاحتمال عجزها الا أن لا يكون له ذو رحم محرم غيرها فحينئذ تجبر على حضانته كيلا يضيع بخلاف الاب حيث يجبر على أخذه اذا امتنع بعد الاستغناء عن الام لان نفقته واجبة عليه (ثم ام الام) اذا لم يكن له ام بأن ماتت أو تزوجت لان الولاية مستفادة من جهة الامهات فكانت مقدمة وان بعدت (ثم) بعد أم الام (أم الاب) أحق به وان علت وقال زفر الخالة مقدمة لانها من قوم الام وهي أولى وبه قال مالك في رواية وهو رواية عن محمد عن أبي حنيفة ولنا انها جدة والجدة أم لانها أصله (ثم) بعدها (الاخت لاب وأم) أحق تقديما للاشفق (ثم) بعدها الاخت (لام) أحق لانها من قوم الام (ثم) بعدها الاخت (لاب) وعند الشافعي في الجديد وأحمد هي احق من الاخت لام وعند زفر هما يشتركان لانهما يستويان في الادلاء بالام وفي رواية الخالة تقدم على الاخت لاب لقوله عليه الصلاة والسلام الخالة والدة وبنات الاخت لاب وأم اولام اولى من الخالات واختلفت الروايات في بنات الاخت لاب والصحيح ان الخالة أولى منهن وبنات الاخت أولى من بنات الاخ واذا اجتمع من له حق الحضانة في درجة فأورعهم أولى ثم أكبرهم (ثم الخالات) بعدهن أحق (كذلك) يعني ينزلن كالاخوات فمن كانت لاب وام فهي أولى ثم لام ثم لاب والخالة أولى من بنت الاخ لانها تدلي بالام وتلك بالاخ (ثم العمات) بعدهن احق (كذلك) اى كالترتيب المذكور فمن كانت لاب وأم

فهى أولى ثم لام ثم لاب وبنات الاخ أولى من العمات ولا حق لبنات العمات والخالات فى الحضانة لانهن غير محرم (ومن نكحت) من هؤلاء المذكورات ممن لها حق فى الحضانة (غير محرمه) أى غير محرم الصغير (سقط حقها) فى الحضانة لوجود الضرر حينئذ من جهة زوج الام بخلاف ما اذا كان الزوج ذا رحم محرم للصغير كالجدة اذا كان زوجها الجد أو الام اذا كان زوجها عم الصغير أو الخالة اذا كان زوجها عمه أو أخاه أو عمته اذا كان زوجها خاله أو اخاه من أمه لا يسقط حقها لانتفاء الضرر عن الصغير (ثم يعود) حق الحضانة (بالفرقة) بعد ما سقط بالتزوج لزوال المانع وكذا الولاية تزول بالجنون والارتداد ثم اذا زال تعود ثم اذا كان الطلاق رجعيا لا يعود حقها حتى تنقضى عدتها لقيام الزوجية (ثم العصبات) بعد هؤلاء المذكورات أحق (بترتيبهم) فى الارث يقدم الاقرب فالاقرب غير أن الصغيرة لا تدفع الى غير المحرم من الاقارب كابن العم ولا للام التى ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق ولا الى مولى العتاقة تحرزا عن الفتنة بخلاف الغلام واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى ذوى الارحام عند أبى حنيفة كاخ من أم وعم من أم وخال ونحوهم لان لهم ولاية الانكاح عنده فكذا الحضانة (والام والجدة أحق به) أى بالصغير (حتى يستغنى) وفسره القدورى بقوله حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجى وحده وفسره الشيخ بقوله (وقدر) أى الاستغناء (بسبع) سنين وهو الذى قدره الخصاف اعتبارا للغالب وهو قريب من الاول بل عينه لان الولد اذا بلغ سبع سنين يستنجى وحده ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا والامر بالصلاة لا يكون الا بعد القدرة على الطهارة وقدره أبو بكر الرازى بتسع سنين لانه لا يستغنى قبل ذلك عادة والفتوى على قول الخصاف وعند مالك بأن يحتلم وعنه بأن يثغر وان اختلفا فى سنه فقال الاب ابن سبع وقالت الام ابن ست فان استغنى بما ذكرنا دفع اليه والا فلا وان اختلفا فى تزوجها فالقول لها وان اختلفا فى الطلاق بعد التزوج فان كان الزوج غير معين فالقول لها (و) الا فلا والام والجدة أحق (بها) أى بالصغيرة (حتى تحيض) لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء من الغزل والطبخ والغسل ونحوها والام أقدر على ذلك فاذا بلغت تحتاج الى التزويج والصيانة وهو اقدر عليها واليه ولاية التزويج وعن محمد اذا بلغت حد الشهوة فالاب أحق وبه يفتى فى زماننا لكثرة الفساق واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة فى قولهم وقدره أبو الليث بتسع سنين وعليه الفتوى وعن مالك تمكث عند الام حتى تتزوج ويدخل بها الزوج (وغيرهما) أى غير الام والجدة (أحق بها) أى بالصغيرة (حتى تشتهى) وفى الجامع الصغير حتى تستغنى وفى الكافى اذا خلع الرجل امرأته وله منها بنت احدى عشرة سنة فضمتها اليها وتخرج من بيتها كل وقت وتترك البنت ضائعة فله أن يأخذها (ولا حق للامة وأم الولد) فى الحضانة (مالم تعتقا) لعجزهما عن ذلك باشتغالهما بخدمة المولى فالحضانة لمولاه ان كان الصغير فى الرق ولا يفرق بينه وبين أمه ان كانا فى ملكه وان كان حرا فالحضانة لاقربائه الاحرار واذا أعتقتا كان لهما حق الحضانة فى أولادهما الاحرار والمكاتبة أحق بولدها المولود فى الكتابة بخلاف المولود قبلها (والذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل) الولد (دينا) لانها أشفق ولكن اذا عقل دينا ينزع منها لاحتمال الضرر والمرتدة لا حق لها فى الحضانة وعند الشافعى

ومالك

ومالك وأحمد فى رواية لاحق للذمية (ولا خيار للولد) عندنا بعد انتهاء الحد فى الحضانة وبه قال مالك وقال الشافعى يخير وقال أحمد اذا بلغ سبع سنين يخير الغلام وتسلم الجارية الى الاب من غير تخيير ومن العجب أنهم لا يعتبرون ايمانه وهو اختياره لربه وهو نفع له ثم يعتبرون اختياره أحد الابوين وهو ضرر عليه وهذا خلاف ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله أن ينفرد بالسكنى وليس له ان يضمه الى نفسه بغير اختياره الا ان يكون مفسدا مخوفا عليه فحينئذ له أن يضمه الى نفسه اما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه وأما الجارية اذا كانت بكرا فللاب أن يضمها الى نفسه بعد البلوغ لانه يخاف عليها وأما الثيب فان كانت مأمونة لا يخاف عليها الفتن فليس له أن يضمها الى نفسه وان كانت مخوفا عليها فله ذلك والجد بمنزلة الاب فيه وان لم يكن لها أب ولا جد وكان لها أخ أو عم فله ان يضمها اذا لم يكن مفسدا وان كان مفسدا فلا يمكن من ذلك وكذا الحكم فى كل عصبة ذا رحم محرم منها وكذلك البكر اذا طعنت فى السن فان كان لها عقل ورأى وأمن عليها من الفساد فليس لغير الاب والجد أن يضمها اليه وان خيف عليها ذلك فللاخ والعم ونحوهما من العصبات أن يضمها اليه ان لم يكن مفسدا وان لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من العصبات أو كان لها عصبة مفسد فللقاضى أن ينظر فى حالها فان كانت مأمونة خلاها تنفرد بالسكنى سواء كانت بكرا أو ثيبا والا وضعها عند امرأة أمينة ثقة تقدر على الحفظ لانه جعل ناظرا للمسلمين (ولا تسافر) امرأة (مطلقة بولدها) لما فيه من الاضرار بالولد (الا الى وطنها و) الحال أنه (قد نكحها ثم) أى فى وطنها الذى تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه شرعا وعرفا وان لم يكن وطنا لها ولا التزوج واقعا فيه ليس لها أن تنقله وكذا لو كان وطنا لها ولم يقع التزوج فيه وفى الجامع الصغير ان لها النقل الى مكان العقد يعنى وان لم يكن وطنا لها والاول أصح وعند الثلاثة ليس لها السفر الى مافوق ستة عشر فرسخا ولها ذلك الى مادونه ويستثنى دار الحرب وان كان وطنا لها وقد تزوجها فيها الا ان فى ذلك اضرارا بالولد وهذا الذى ذكرنا ما اذا كان بين الموضعين تفاوت وان تقاربا بحيث يتمكن من مطالعة ولده فى يوم ويرجع الى أهله فيه قبل الليل جاز لها النقل اليه مطلقا فى دار الاسلام ولا يشترط فيه وقوع التزوج ولا كونه وطنا الا الى قرية من مصر لكونه يتخلق باخلاق أهل القرى فلا تملك ذلك الا أن يكون وطنا لها ووقع العقد فيها فى الاصح وهذا الحكم فى الام خاصة وليس لغيرها ان تنقله الا باذن الاب حتى الجدة والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (النفقة)

وهى مشتقة من النفوق الذى هو الهلاك يقال نفقت الدابة تنفق نفوقا أى ماتت ونفقت الدراهم والزاد تنفق نفقا أى نفدت وأنفق الرجل أى افتقر وذهب ماله وأنفقت الدراهم من النفقة ونفقت السلعة نفاقا بالفتح راجت وأنفق القوم نفقت سوقهم فكان للهلاك وللرواج وفيها هلاك المال ورواج الحال (تجب النفقة للزوجة) أى لاجلها سواء كانت مسلمة أو ذمية (على زوجها و) تجب (الكسوة) لها عليه أيضا (بقدر حالهما) أى بقدر حال الزوجين فان كانا موسرين كان لها نفقة الموسر وان كانا معسرين فنفقة المعسر وان كانت موسرة وهو معسر فلها فوق نفقة المعسرات وان كان بالعكس فدون نفقة الموسرات وان كان أحدهما مفرطا فى اليسار والآخر فى الاعسار يقضى عليه بنفقة الوسط وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى

وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي وقوله (ولو) كانت المرأة (مانعة) واصل بما قبلها أى تجب النفقة ولو منعت (نفسها) من التسليم (للمهر) أى لاجل قبض المهر المقدم وهو الذى تعورف تقديمه فى بلاد وزمان لانه منع بحق لتقصير من جهته فلا تسقط النفقة به وان كان بعد الدخول عند أبى حنيفة وعندهما تسقط الا اذا كانت دون البلوغ لعدم صحة تسليم الاب (لا) تجب النفقة عليه اذا كانت المرأة (ناشزة) وهى الخارجة من بيت زوجها بغير اذنه المانعة نفسها منه بخلاف مالو مانعته فى البيت ولم تمكنه من الوطء حيث لا تسقط النفقة به لقيام الاحتباس لانها باجزاء الاحتباس ألا ترى ان من كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه لعدم تفرغه لحاجة نفسه أصله القاضى والوالى والعامل فى الصدقات والمفتى والمقاتلة والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والوصى ولو كانا يسكنان فى بيت المرأة فمنعته من الدخول عليها لا نفقة لها لانها ناشزة الا أن تكون سألته النقلة ولو كان يسكن فى المغصوب فامتنعت منه فلها النفقة ولو عادت الناشزة الى بيت زوجها فلها النفقة (وصغيرة) بالنصب عطف على ناشزة أى لا تجب النفقة ايضا اذا كانت المرأة صغيرة (لا توطأ) يعنى لا يستمتع بمثلها سواء كانت فى منزله أو لم تكن وقال الشافعى لها النفقة كالحائض والنفساء والمريضة والرتقاء والعجوز التى لا يجامع مثلها ولنا امتناع الاستمتاع بها الذى هو المقصود بالنكاح فصارت كالناشزة بخلاف المستشهد به من المسائل لان الانتفاع بهن حاصل فى الجملة من حيث الدواعى بأن يجامعهن فيما دون الفرج أو من حيث حفظ البيت والمؤانسة وقال أبو يوسف اذا كانت الصغيرة تصلح للخدمة والاستئناس فنقلها الى بيته فليس له أن يردها وتستحق عليه النفقة وقيل ان الصغيرة اذا كانت مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب لها النفقة واختلفوا فى حده فقيل بنت تسع سنين والصحيح انه غير مقدر بالسنين وانما العبرة للاحتمال والقدرة على الجماع فان السمينة الضخمة تحتمل الجماع وان كانت صغيرة السن واذا كان الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع وهى كبيرة تجب لها النفقة فى ماله لان العجز من قبله كالمجبوب والعنين وان كانا صغيرين لا يقدران على الجماع فلا نفقة لها كالمجبوب أو العنين تحته صغيرة (ومحبوسة) بالنصب أيضا أى ولا تجب النفقة أيضا اذا كانت المرأة محبوسة (بدين) لان الامتناع من قبلها وذكر الكرخى ان كان حبسها قبل النقلة فان كانت تقدر أن تخلى بينها وبينه فى الحبس فلها النفقة والا فلا ولو كان بعد النقلة لم تبطل (ومغصوبة) بالنصب أيضا أى ولا تجب أيضا اذا كانت المرأة مغصوبة بأن غصبها رجل لفوات الاستمتاع وعن أبى يوسف أنها تستحق (وحاجة) بالنصب أيضا أى ولا تجب أيضا اذا كانت المرأة حاجة (مع غير الزوج) لما ذكرنا وعند أبى يوسف لها النفقة اذا حجت بعد تسليم نفسها لكن تجب نفقة الحضر دون السفر ولو كان زوجها معها تجب بلا خلاف لكن نفقة الاقامة ولا يجب عليه الكراء (ومريضة) بالنصب أيضا أى ولا تجب أيضا اذا كانت المرأة مريضة (لم تزف) الى منزل الزوج لما ذكرنا وقالت الثلاثة تجب كالتى زفت ولو مرضت بعد الزفاف تجب روى ذلك عن أبى يوسف وقيل ان أمكن الاستمتاع بها بوجه فعليه نفقتها والا لا وعن أبى يوسف ينفق عليها الا اذا تطاول بها المرض (ولخادمها) عطف على قوله للزوجة أى تجب على الزوج النفقة لخادمها أى لخادم المرأة (لو) كان الزوج (موسرا) لانه لا بد لها من

خادم يقوم بخدمتها وتهيئ أمور بيتها حتى تتفرغ لحاجته هذا اذا كان مملوكا لها وان كان غير مملوك لها لا يستحق النفقة له فى ظاهر الرواية كالقاضى اذا لم يكن له خادم لا يستحق نفقة الخادم من بيت المال ولو جاء بخادم يخدمها لم يقبل منه الا برضاها وهذا اذا كانت حرة وان كانت أمة فلا تستحق عليه نفقة الخادم وقيل اذا كانت من الارذال لا تستحق الخادم وان كانت حرة ولا تفرض لاكثر من خادم واحد عندهما وعند أبى يوسف يفرض لخادمين أحدهما لمصالح داخل البيت والآخر لمصالح خارجه وعن أبى يوسف اذا كانت فائقة فى الغنى وزفت اليه بخدم كثيرة استحقت نفقة الجميع ويلزمه من نفقة الخادم أدنى الكفاية ولو كان الزوج معسرا لا تجب عليه نفقة خادمها وان كان لها خادم فيما رواه الحسن عن أبى حنيفة خلافا لمحمد ولو اختلفا فى اليسار والاعسار فالقول قوله الا أن تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل (ولا تفرق) المرأة من زوجها (بعجزه) أى بسبب عجز الزوج (عن النفقة) وقال الشافعى يفرق بينهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام ابدأ بمن تعول فقيل من أعول يارسول الله قال امرأتك ممن تعول تقول أطعمنى أو فارقنى جاريتك تقول أطعمنى واستعملنى ولدك يقول الى من تتركنى رواه البخارى ومسلم وروى الدارقطنى عن أبى هريرة رضى الله عنه فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولان فى التفريق ابطال الملك على الزوج وفى الامر بالاستدانة تأخير حقها وهو أهون من الابطال فكان أولى وليس فى حديث أبى هريرة حجة لانهم قالوا له سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبى هريرة رواه البخارى كذلك عنه فى صحيحه ولانه ليس عنه الا حكاية قول المرأة أطعمنى أو فارقنى وليس فيه دلالة على أن الفراق واجب عليه اذا طلبت ذلك وكذا الحديث الثانى ليس بحجة لان فى طريقه عبد الباقى بن قانع وقال البرقانى فى حديثه نكرة وقال أيضا هو ضعيف عندنا وضعفه غيره (وتؤمر) المرأة (بالاستدانة عليه) أى على الزوج ومعنى الاستدانة ان تشترى بالدين ليقضى الثمن من مال الزوج هكذا ذكر الخصاف وفائدة الامر بالاستدانة مع فرض النفقة ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فيطالبه به بخلاف ما اذا كان بغير أمره حيث تطالب هى ثم ترجع هى على الزوج ولا تحيل عليه الغريم لعدم ولايتها عليه وفى الاختيار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسرا وأخ موسر فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا أيسر ويحبس الابن أو الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف فتبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على كل من كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على انفاقهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب اذا أيسر بخلاف نفقة أولاده الكبار حيث لا يرجع عليه بعد اليسار لانها لا تجب مع الاعسار فكان كالميت (وتتم نفقة اليسار بطروه) أى بعروضه وحدوثه وذلك بعد ان كان ينفق عليها نفقة المعسر لاعساره ثم أيسر (وان) كان القاضى قد (قضى بنفقة الاعسار) لان القضاء به كان لعذر الاعسار وقد زال العذر فبطل ذلك كالمكفر بالصوم اذا وجد فيه رقبة بطل صومه وقال الشارح هذه المسئلة تستقيم على قول

الكرخي حيث اعتبر حال الرجل فقط ولم يعتبر حال المرأة أصلا وهو ظاهر الرواية ولا تستقيم على ماذكره الخصاف من اعتبار حالهما على ما عليه الاعتماد فيكون فيه نوع تناقض من الشيخ لان ماذكره هو قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي قلت بل يستقيم على قول الخصاف أيضا لان المعتبر على قوله عند اعسار أحدهما النفقة المتوسطة فبعد يساره تتم نفقة الموسرين فيصح على قوله أيضا فلا نسلم التناقض ولا نوعه ولئن سلمنا ماذكره فالتناقض من أين وهل يصدق عليه حد التناقض فلم لا يجوز ان يكون اختار هنا قول الكرخي رحمه الله (ولا تجب نفقة مضت) في مدة لم ينفق عليها الزوج فيها (الا بالقضاء) بأن كان القاضي قد فرض لها النفقة (أو الرضا) بأن صالحت الزوج على مقدارها فحينئذ يقضى لها بنفقة ما مضى لانها صلة فلا تملك الا بالقبض كرزق القاضي وقال الشافعي تصير دينا بلا قضاء ولا رضا كالمهر وبه قال مالك وأحمد وفي الذخيرة نفقة مادون الشهر لا تسقط (وبموت أحدهما) أي أحد الزوجين (تسقط) النفقة (المقضية) بها لانها صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية وضمان العتق هذا اذا لم يأمرها بالاستدانة وان أمرها القاضي بالاستدانة لم تسقط بالموت هو الصحيح وكذا لا تسقط بالطلاق في الصحيح وعند الثلاثة لا تسقط مطلقا (ولا ترد) النفقة (المعجلة) بموت أحدهما بأن أسلفها نفقة سنة مثلا ثم مات أحدهما لا يسترد ذلك وقال محمد يحتسب لها بنفقة ما مضى وما بقي يسترد منها وبه قال الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها أخذت عوضا عما تستحق عليه بالاحتباس فتبين أن لا استحقاق لها عليه فترده ولنا انها صلة اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت (ويباع القن) أي المملوك (في نفقة زوجته) اذا تزوجها باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فتعلق برقبته كدين التجارة بخلاف ما اذا كان بغير اذنه لان النكاح لم يصح فلم تجب النفقة فيه ولو دخل بها لا يباع أيضا في المهر لان وجوب المهر لم يظهر في حق المولى لكونه محجورا عليه وانما يطالب بعد الحرية وللمولى أن يفديه ولو مات سقط وكذا اذا قتل على الصحيح وقيل لا يسقط ولو اجتمع عليه نفقة أخرى بعدما بيع مرة يبيع ثانيا وكذا ثالثا الى مالا يتناهى وليس من الديون ما يباع فيه مرارا الا دين النفقة وغيره من الديون يباع فيه مرة واحدة فان أوفى الغرماء والا طولب به بعد الحرية ولا يباع المكاتب والمدبر وولد أم الولد بالنفقة الا المكاتب عند العجز (ونفقة الامة المنكوحة انما تجب بالتبوئة) وهي ان يخلي بينها وبين زوجها ولا يستخدمها لان الاحتباس لا يتحقق الا بها وان استخدمها بعد التبوئة سقطت نفقتها ولا فرق فيه بين أن يكون زوجها حرا أو عبدا أو مكاتبا أو مدبرا ولو بوأها بعد الطلاق ولم يكن بوأها قبله فلا نفقة لها خلافا لزفر وان زوج أمته من عبده فنفقتها على المولى بوأها منزلا أولا (والسكنى) عطف على قوله تجب النفقة والكسوة أي وتجب السكنى أيضا لها عليه (في بيت خال) يعني ليس فيه أحد (عن أهله) أي عن أهل الزوج (و) عن (أهلها) أي أهل الزوجة الا أن يختارا ذلك لان السكنى معهم ضرر فلو أسكن معها أمته ليس لها أن تمتنع من ذلك لانه يحتاج الى الاستخدام فلا يستغنى عنها ولو أخلى لها بيتا من دار وجعل لها مرافق وغلقا على حدة كفاها لحصول المقصود بذلك فان اشتكت من الزوج الايذاء بسوء العشرة فان علم القاضي بذلك أو أخبره عدل نهاه عن ذلك ومنعه وفي الغاية وعليه أن يسكنها عند جيران

صالحين (ولهم) أى لاهلها (النظر) اليها (والكلام معها) أى وقت شاؤا ولا يمنعهم من ذلك
ولكن له أن يمنعهم من المكث عندها وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من
الدخول عليها فى كل جمعة وفى غيرهما من المحارم فى كل عام هو الصحيح وقدره محمد بن مقاتل الرازى
شهر فى المحارم (وفرض) على صيغة المجهول اى فرض الانفاق اى القاضى يفرض النفقة
(لزوجة الغائب وطفله) اى أولاده الصغار (وابويه) اى أبوى الغائب (فى مال) كائن (له) اى
للغائب (عند من) اى شخص (يقر به) اى بالمال اى يعترف ان هذا المال للغائب (و) يعترف
أيضا (بالزوجية) بأن يقول أعلم أنها امرأة فلان الغائب وكذا ينبغى أن يعترف بالنسب فى حق
الاطفال وكذا اذا علم القاضى ذلك ولم يعترف به وقال زفر لا يدفع اليها من الوديعة وتؤمر
بالاستدانة عليه لان المودع ليس بمأمور بذلك ولنا انه اذا كان مقرا بالمال والزوجية والنسب فقد
أقر لهم بحق الاخذ وكذا اذا كان المال فى يده مضاربة او دينا فى الذمة واقر بالمال والزوجية
والنسب او علم القاضى بذلك وان علم احدهما اما النسب والزوجية او المال يحتاج الى الاقرار
بما ليس بمعلوم عنده وهو الصحيح هذا كله اذا كان المال من جنس حقهم اى من النقود او الطعام
أو الكسوة اما اذا كان من خلافه فلا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى القضاء بالقيمة او الى
البيع وكل ذلك لا يجوز على الغائب والتبر بمنزلة الدراهم فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة للمضروب
(ويؤخذ كفيل منها) أى من المرأة احتياطا لجواز انه قد كان عجل لها النفقة أو كانت ناشزة
أو مطلقة قد انقضت عدتها وتحلف بالله مع التكفيل احتياطا ولا يقضى بنفقة فى مال الغائب
الا لهؤلاء لان القضاء على الغائب لا يجوز ونفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء فيكون القضاء اعانة
وفتوى من القاضى ولو لم يقر الذى فى يده المال بذلك ولم يعلم القاضى فأرادت المرأة اثبات المال
أو الزوجية أو مجموعهما بالبينة ليقضى لها فى مال الغائب أو لتؤمر بالاستدانة لا يقضى لها بذلك
لانه قضاء على الغائب وقال زفر تسمع بينتها ولا يقضى بالنكاح وتعطى النفقة من مال الزوج
ان كان له مال ولا تؤمر بالاستدانة وبه قالت الثلاثة وعليه عمل القضاة اليوم وبه يفتى (و) تجب
النفقة أيضا (لمعتدة الطلاق) سواء كان بائنا أو رجعيا وقال الشافعى لا نفقة للمبانة الا أن
تكون حاملا لما روى ان فاطمة بنت قيس قالت طلقنى زوجى ثلاثا ولم يجعل لى رسول الله صلى الله
عليه وسلم سكنى ولا نفقة رواه الجماعة الا البخارى وعن الشعبى عن فاطمة بنت قيس عن
النبى عليه الصلاة والسلام فى المطلقة ثلاثا قال ليس لها نفقة ولا سكنى رواه أحمد ومسلم وفى
رواية مسلم انه عليه الصلاة والسلام قال لا نفقة لها الا أن تكون حاملا الحديث وبه قال مالك
وأحمد ولنا قول عمر رضى الله عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا عليه الصلاة والسلام لقول
امرأة لا ندرى لعلها حفظت أو نسيت رواه مسلم وفيما روى الطحاوى والدارقطنى زيادة قوله
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى وحديث فاطمة
لا يجوز الاحتجاج به من وجوه الاول ان كبار الصحابة رضى الله عنهم انكروا عليها كعمر وابن
مسعود وزيد بن ثابت واسامة بن زيد وعائشة رضى الله عنهم حتى قالت لفاطمة فيما رواه
البخارى الا تتقى الله وروى أنها قالت لها الا خير لك فيه ومثل هذا الكلام لا يقال الا لمن ارتكب
بدعة محرمة وفى صحيح مسلم لما حدث الشعبى عنها بهذا الحديث أخذ الاسود بن يزيد كفا من

حصا وحصب به الشعبي وقال له ويلك أتحدث بمثل هذا وقال أبو سلمة أنكر الناس عليها فصار منكرا فلا يجوز الاحتجاج به والثاني انه مضطرب فانه جاء طلقها البتة وهو غائب وجاء مات عنها وجاء حين قتل زوجها وجاء طلقها أبو عمرو بن حفص وجاء طلقها أبو حفص بن المغيرة والثالث ان نفقتها سقطت بتطويل لسانها على احمائها فلعلها أخرجت لذلك قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وهو أن تفحش على أهل الرجل فتؤذيهم قاله ابن عباس ذكره السفاقسي وفي شرح البخاري وفي مصحف أبي الا أن تفحش عليكم وعن سعيد ابن المسيب لفاطمة تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة وعن عائشة بمعناه فعلم بذلك أنها لم يفرض لها رسول الله صلى الله عليه وسلم لاجل ذلك لانها تكون به ناشزة وشرط وجوب النفقة أن تكون محبوسة في بيته والشافعي احتج به ثم ترك العمل به في حق السكنى ولان هذا حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به (لا) تجب النفقة لمعتدة (الموت) لان الاحتباس هنا لحق الشرع ولهذا يستوي فيه المدخول بها وغيرها (و) لا تجب أيضا للمعتدة (المعصية) بأن وقعت الفرقة بينهما بمعصية من جهتها كالردة وتقبيل ابن الزوج لان التقصير من جهتها فصارت كالناشزة بل أبعد بخلاف المهر اذا كانت الردة ونحوها بعد الدخول حيث يجب لتأكده به (وردتها) أي ردة المرأة (بعد البت) أي بعد الطلاق الثلاث أو الواحدة البائنة (تسقط نفقتها الا) يسقط نفقتها (تمكين المرأة (ابنه) أي ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث أو الواحدة البائنة والفرق ان الحرمة تثبت بالطلاق البائن ولا تأثير للردة فيها ولا للتمكين غير ان المرتدة تحبس ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فافترقا حتى لو أسلمت المرأة وعادت الى منزل الزوج وجبت لها النفقة كالناشزة اذا رجعت بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة بأن ارتدت قبل الطلاق حيث لا يجب لها النفقة وان أسلمت وعادت الى منزله ولو لحقت بدار الحرب مرتدة ثم عادت مسلمة فلا نفقة لها كيفما كان لسقوط العدة باللحاق حكما لتباين الدارين (و) تجب النفقة والكسوة أيضا عليه (لطفله الفقير) يعني أولاده الصغار الفقراء لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن والمولود له هو الاب فأوجب عليه رزق النساء لاجل الاولاد فلان يجب عليه نفقة الاولاد بالطريق الاولى (ولا تجبر أمه) أي أم الطفل (لترضع) الطفل لان الارضاع نفقة له فلا تجب الا على الاب وربما تعجز عن ارضاعه فامتناعها دليل عليه لانها لا تمتنع عن ارضاعه مع القدرة غالبا وهو كالمتحقق فالزامها بعد ذلك يكون اضرارا وقد قال الله تعالى لا تضار والدة بولدها وتؤمر ديانة ولا يجبرها القاضي عليه وذكر الخصاف ان الاب اذا لم يكن له مال ولا للولد مال تجبر عليه وتجعل الاجرة دينا عليه كما في نفقته ويحمل هذا القول على ما اذا طلقها وانقضت عدتها وقال مالك تجبر الام على ارضاعه اذا لم تكن شريفة واذا لم يأخذ الولد ثدي غيرها تجبر عليه بالاتفاق (ويستأجر) الاب (من ترضعه) أي الطفل الصغير وتكون المرضعة (عندها) أي عند الام ولا يجب عليها المكث عند الام اذا لم يشترط ذلك عليها بل ترضعه وترجع الى منزلها أو تحمل الصبي معها الى البيت أو ترضعه في فناء الدار ثم تدخل به الدار الى أمه (لا) يستأجر (أمه) أي أم الطفل (لو) كانت (منكوحة او) كانت (معتدة) من طلاق لان الارضاع مستحق عليها ديانة فلا يجوز أخذ الاجر عليه وقيل اذا كانت معتدة عن طلاق بائن جاز استئجارها لزوال النكاح ولو استأجر منكوحته

لترضع ولده من غيرها جاز (وهى) أى الام (أحق) بارضاع الولد بالاجرة (بعدها) أى بعد العدّة
(مالم تطلب زيادة) على أجرة الاجنبية لانها أشفق وانظر فان رضيت الاجنبية ان ترضعه بغير أجر
أو بدون أجر المثل والام بأجر المثل فالاجنبية أولى دفعا للضرر عنه (و) تجب النفقة والكسوة
أيضا عليه (لابويه وأجداده) وان علوا (وجداته) وان سفلن (لو) كانوا (فقراء) لقوله تعالى
وصاحبهما فى الدنيا معروفا نزلت فى الابوين الكافرين والجدّ مثل الاب والجدّة مثل الام ولهذا
يقومان مقامهما فى الارث وغيره وشرط الفقر لتحقق الحاجة بخلاف نفقة الزوجة حيث تجب
مع الغنى لانها تجب لاجل الحبس كرزق القاضى (ولا نفقة مع اختلاف الدين) وفى بعض النسخ
ولا تجب أى النفقة مع اختلاف الدين (الا بالزوجية) لانها باعتبار الحبس كما ذكرنا (و) قرابة
(الولاد) مثل الاولاد الصغار والآباء والامّهات لانه جزؤه فلا يمتنع بالكفر كنفقة نفسه الا أنه
لا يجبر على انفاق أبويه الحربيين ولا يجبر الحربى على انفاق أبيه المسلم أو الذمى وان لم يكن قرابة
ولاد كالاخ والعم ونحوهما لا تجب نفقته مع اختلاف الدين لانه يتعلق بالقرابة ومع اتحاد الدين
آكد (ولا يشارك) فعل مضارع وقوله (الاب) مفعوله (والولد) عطف عليه وقوله (فى نفقة
ولده) يرجع الى الاب وقوله (وأبويه) يرجع الى الولد أى وفى نفقة أبويه وقوله (أحد) بالرفع
فاعل ولا يشارك اما أنه لا يشارك الاب أحد فى النفقة على طفله فلما تلونا وذكرنا من المعنى وروى
الخصاف والحسن انّ الولد البالغ تجب نفقته على الابوين أثلاثا باعتبار الارث بخلاف الولد
الصغير حيث تجب نفقته على الاب وحده وأما أنه لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد لانّ لهما
تأويلا فى مال الولد لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك ولا تأويل لهما فى مال غيره
وتجب على الذكور والاناث على السواء فى الصحيح وقيل على قدر الارث وهو قول الشافعى
وأحمد أيضا (و) تجب النفقة أيضا (لقريب محرم) يعنى لذى رحم محرم (فقير عاجز عن الكسب)
لصغره أو لانوثته أو لعمى أو لزمانة لتحقق العجز بهذه الاعذار وانما تجب (بقدر الارث) لقوله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك فجعل العلة هى الارث فيتقدر الوجوب بقدر العلة وفى قراءة ابن
مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم وهى مشهورة فجاز التقييد بها ويجبر على
ذلك لانه حق مستحق عليه وقال الشافعى لا تجب النفقة الا لقرابة الولاد لانه لا بعضية بينهم فلا
تجب كنفقة بنى الاعمام وبه قال مالك وعن أحمد تجب لقريب وارث ولنا ما قلنا وانما تجب نفقة
ذى الرحم المحرم على الشخص (لو) كان (موسرا) لانه اذا كان معسرا فهو عاجز ولا تجب هذه
النفقة على العاجز بخلاف نفقة الزوجة وأولاده الصغار فان العجز فيه غير مانع وقيل اذا كان
فقيرا زمنا أو أعمى أو نحوه تجب نفقة أولاده فى بيت المال كنفسه وان كان كبيرا لا تجب عليه
النفقة الا اذا كان موسرا والابن فقير زمن أو نحوه أو يكون من أعيان الناس يلحقه العار
بالتكسب أو طالب علم لا يتفرغ لذلك وذكر الخصاف ان نفقة خادم الاب لا تجب على الابن الا اذا
كان محتاجا اليه وهنا قيد آخر لم ينبه عليه الشيخ وهو أن يكون ذو الرحم المحرم مسلما لانّ
اختلاف الدين يمنع هنا بخلاف قرابة الولاد والزوجية ثم اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان
الصدقة عند أبى يوسف وعن محمد أنه قدره بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله كل يوم وقالوا
الفتوى على الاول (وصح بيع) الاب (عرض ابنه) الغائب اذا كان فقيرا لاجل النفقة (لا)

يصح بيع (عقاره لنفقته) أى لاجل نفقته أى الاب وهو يرجع الى الصورتين جميعا وهذا
استحسان وهو قول أبى حنيفة لان له تملك مال الابن عند الحاجة وبيع المنقول من باب الحفظ
بخلاف العقار لانه محصن بنفسه وقالا وهو القياس لا يجوز له ذلك كما فى بيع العقار وأجمعوا
ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير كذا فى شرح الطحاوى (ولو أنفق مودعه) بفتح الدال
أى مودع الرجل الغائب (على أبويه) أى على أبوى الغائب (بلا أمر) القاضى (ضمن) المودع
لتصرفه فى مال غيره من غير ولاية ولا نيابة بخلاف ما اذا أمره القاضى لانه ملزم لولايته عليه ثم
اذا ضمن لا يرجع عليهما به وفى النوادر اذا لم يكن فى مكان يمكن استطلاع رأى القاضى
لا يضمن استحسانا وعلى هذا لو مات بعض الرفقة فى السفر فباعوا اقماشه وعدته فجهزوه بثمنه
وردوا البقية الى الورثة أو أغمى عليه فانفقوا من ماله لم يضمنوا استحسانا (ولو أنفقا) أى الابوان
(ما عندهما) من المال لابنهما الغائب على أنفسهما وكان من جنس النفقة (لا) يضمنان لان نفقتهما
واجبة عليه قبل القضاء فاستوفيا حقهما (فلو قضى) القاضى (بنفقة الولاد) وهو الابوان
والاولاد (و) نفقة (القريب) المحرم (و) الحال أنه قد (مضت) عليه (مدة سقطت) أى النفقة
لان وجوبها باعتبار الحاجة وقد وقعت الغنية عن الماضى بخلاف نفقة الزوجة لانها
للاحتباس ولهذا تجب مع يسارها وعلى هذا لو سرقت النفقة المعجلة أو الكسوة تفرض لذوى
الارحام مرة بعد أخرى الى ما لا يتناهى لتحقق الحاجة ولا يفرض للزوجة شئ لعدم اعتبار
الحاجة فى حقها وبعكسه لو بقيت النفقة المفروضة فى يده بعد المدة يفرض للزوجات
ولا يفرض لذوى الارحام وعلى هذا اذا أسلفها نفقة مدة ثم مات أحدهما قبل المدة تسترد فى
الزوجات عند محمد دون الاقارب وفى الحاوى نفقة الصغير تصير دينا بالقضاء دون غيره (الا أن
يأذن القاضى) لذوى قرابة الولاد أو القريب المحرم (بالاستدانة) فحينئذ لا تسقط بمضى المدة لان
للقاضى ولاية عامة فصار اذنه كأمر الغائب (و) تجب النفقة عليه أيضا (لمملوكه) لقوله عليه
الصلاة والسلام هم اخوانكم وخولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه
مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم متفق عليه (فان أبى)
أى فان امتنع المولى عن الانفاق على مملوكه (ففى كسبه) أى فنفقته فى كسب المملوك ان كان له
كسب لان فيه نظرا لهما (والا) أى والا يكن له كسب بأن كان زمنا أو أعمى أو جارية لا يؤجر
مثلها (أمر ببيعه) لانه من أهل الاستحقاق وفى البيع ايفاء حقه وليس فيه ابطال حق المولى لان
الثمن يقوم مقامه والابطال الى خلف كلا ابطال بخلاف الزوجة حيث لا يفرق بينهما لانه ابطال
لا الى خلف فلا يصار اليه بل يقال لها استدينى عليه كما ذكرناه بخلاف سائر الحيوانات لانها
ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على الانفاق ولا على بيعها لكنه يفتى فيما بينه وبين الله تعالى
أن ينفق عليها أو يبيع وعن أبى يوسف أنه يجبر على الانفاق عليها وبه قالت الثلاثة ولو كانت
الدابة مشتركة فطلب أحدهما من القاضى أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها
فالقاضى يقول للآبى اما أن تبيع نصيبك منها أو تنفق عليها هكذا ذكره الخصاف وفى المحيط
يجبر صاحبه والمدبر وأم الولد ان أبى مولاهما من الانفاق عليهما اكتسبا وأكلا من كسبهما وان
لم يكن لهما كسب أجبر المولى على الانفاق عليهما لانهما لا يقبلان النقل بالبيع وغيره بخلاف

المكاتب حيث لا يؤمر فى حقه بشئ لانه كالحرّ لانه خارج عن ملك المولى يدا وهل للعبد أن يتناول من مال المولى اذا امتنع من الانفاق عليه ينظر ان كان قادرا على الكسب ليس له ذلك الا اذا نهاه عن الكسب وان كان عاجزا عن الكسب فله ذلك والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الاعتاق)

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث انّ الطلاق تخليص الشخص من ذل رق المتعة والاعتاق تخليص الشخص من ذل ملك الرقبة والعتق والعتاق لغة قوّة مطلقا من عتق الطائر اذا قوى على جناحيه فطار وشرعا (هو) أى الاعتاق (اثبات القوّة الشرعية للمملوك) لانه يصير به قادرا على التصرّفات الشرعية مثل الولايات والشهادات هذا التفسير هو مذهبهما لانّ الاعتاق عندهما هو اثبات العتق وعند أبى حنيفة الاعتاق اثبات الفعل المفضى الى حصول العتق فلهذا يتجزأ عنده خلافا لهما على ما يجىء ان شاء الله تعالى والحرية عبارة عن الخلوص لغة يقال أرض حرّة لا خراج فيها وشرعا عبارة عن خلوص حكمى يظهر فى حق الآدمى بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف يسمى اعتاقا وتحريرا والرق ضعف شرعىّ يثبت فى المحل فيعجزه عن التصرفات الشرعية ويسلبه أهلية ثبوت القضاء والشهادة والسلطنة والتزويج (ويصح) أى الاعتاق (من حرّ) فلا يصح من عبد لانه لا ملك له (مكلف) أى عاقل بالغ فلا يصح من صبىّ ومجنون لعدم الاهلية ولهذا لا يملكه الولى عليهما فلو أضافه الى تلك الحالة بأن قال أعتقته وأنا صبىّ أو مجنون وجنونه معهود لم يعتق وكذا اذا قال فى حال صباه أو جنونه اذا بلغت أو افقت فهو حرّ لم ينعقد لانّ قوله غير ملزم و يصح حال كونه (لمملوكه) لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم والباء فى قوله (بأنت) يتعلق بقوله يصح أشار بهذا الى أنّ شرطه أن يكون مضافا الى الجملة كقوله أنت (حرّ) أو يكون مضافا الى ما يعبر به عن الجملة وهو معنى قوله (أو ما يعبر به عن البدن) يعنى عن الجملة كقوله رأسك حرّ ووجهك حرّ ولا يعتق بقوله يدك حرّ أو رجلك حرّ لانه لا يعبر به عن الجملة وعن أبى يوسف اذا قال لامته فرجك حرّ عتقت ولو قال لعبده لا يعتق لانّ الفرج يعبر به عن الكل فى المرأة دون الرجل (و) يصح أيضا بقوله أنت (عتيق و) أنت (معتق و) أنت (محرّر وحرّرتك وأعتقتك) لانّ هذه الالفاظ صريح فيه لاختصاص استعمالها فيه أو لغلبته فلهذا لا يحتاج فيها الى النية وأشار اليه بقوله (نواه) أى نوى الشخص بهذه الالفاظ العتق (أو لا) ينوى فلو قال أردت به الاخبار الباطل أو أنه حرّ من العمل لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر ويصدّق ديانة لانه محتمل كلامه (و) يصح أيضا بقوله لعبده (لا ملك) لى عليك (ولا رق) لى عليك (ولا سبيل لى عليك ان نوى) بهذه الالفاظ العتق لانها كنايات فلا يتعين المراد الا بالنية وهذا بالاجماع الا رواية عن أحمد يقع بلا نية (و) يعتق أيضا بقوله لعبده (هذا ابنى) اذا كان المولى أكبر منه و يولد مثله لمثله ولم يكن ثابت النسب من غيره فبهذه الشروط الثلاثة يعتق عند أبى حنيفة لانه أمكن حمل كلامه على التحرير بطريق المجاز لانّ البنوة سبب الحرية فيحمل عليه تصحيحا للكلام كما لو كان لعبد صغير وقالا لا يعتق لانه أقربما يستحيل كونه فيلغو وبه قالت الثلاثة ولو قال لصبىّ صغير هذا جدّى فقيل هو على الاختلاف

وقيل لا يعتق اجماعا ولو قال لعبده هذه ابنتي قيل هو على الاختلاف وقيل لا يعتق اجماعا (أو)
قال لعبده هذا (أبي أو) قال لامته هذه (أمي) يعتق أيضا لان ولاية الدعوة له لقيام ملكه فيثبت به
نسبه اذا كان لمثله أو لمثلها يولد لذلك واذا ثبت عتق عليه (و) كذا يعتق أيضا بقوله لعبده (هذا
مولاى) لان حقيقة كلامه أن يكون له ولاء عليه فتعين المولى الاسفل فيعتق عليه وقال زفر
لا يعتق لانه يراد به الاكرام عادة وبه قالت الثلاثة (أو) قال لعبده (يا مولاى) عتق أيضا لما ذكرنا
(أو) قال لعبده (يا حر أو) قال (يا عتيق) عتق لانه صريح فيه فلا يحتاج الى النية الا اذا كان
هذا اللفظ علما للعبد فناداه به لا يعتق لانه ليس مراده الا استحضاره بالاسم الدال على الذات دون
ملاحظة الوصف (لا) يصح العتق (بيا ابنى) أى بقوله لعبده يا ابنى (و) قوله (يا أخى) لان هذا
اللفظ يستعمل على وجه الاكرام فلا يقع به العتق وكذا قوله يا ابن أو يا بنى أو يا بنية لانه لم يضفه
الى نفسه (و) كذا لا يعتق بقوله (لا سلطان لى عليك) سواء نوى أو لم ينو لان السلطان عبارة عن
اليد و نفيها لا يستلزم نفى الملك وعند الثلاثة يقع بالنية وهى رواية عنا (و) كذا لا يعتق بمثل (ألفاظ
الطلاق) نحو قوله طلقتك أو أنت مطلق أو قال لامته انت مطلقة او قال أنت بائن وقال الشافعى
وأحمد يقع بألفاظ الطلاق اذا نوى العتق قلنا لان هذه الالفاظ وضعت لازالة أدنى الملكين وهو
ملك النكاح فلا يكون مزيلا لاعلاهما وهو ملك اليمين وكذا الخلاف فى سائر كنايات
الطلاق (و) كذا لا يعتق بقوله لعبده (أنت مثل الحر) لانه أثبت المماثلة بينهما وهى قد تكون
عامة وقد تكون خاصة فلا يعتق بلا نية للشك (وعتق) العبد (بما أنت الا حر) أى بقوله لعبده
ما أنت الا حر بالحصر لان فيه اثبات الحرية بأبلغ الوجوه (وبملك قريب) بالاضافة عطف على
قوله بأنت حر أى ويقع العتق أيضا بملك الرجل لقريب له (محرم) واراد به ذا الرحم المحرم وهو
كل شخصين يدليان الى أصل واحد بغير واسطة كالاخوين أو أحدهما بواسطة
والآخر بغير واسطة كالعم وابن الاخ وعند الشافعى لا يعتق الا فى قرابة الولاد وذلك مثل
الوالدين والمولودين وعند مالك يعتق فيه وفى قرابة الاخوة والاخوات فقط ولنا قوله عليه
الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه أبو داود وغيره وروى عن عمر وابن
مسعود رضى الله عنهما مثله وعن كثير من التابعين كذلك ولا يعتق ذو رحم غير محرم كبنى الاعمام
والاخوال وبنى العمات والخالات ولا محرم غير رحم كالمحرمات الصهرية والرضاع اجماعا
وقوله (ولو كان المالك) قريبه (صبيا أو مجنونا) واصل بما قبله يعنى يعتق بتملك قريبه اذا كان
رحما له ولو كان صبيا أو مجنونا لاطلاق ما روينا ولا فرق فى ذلك بين أن يكون صغيرا أو كبيرا مسلما
كان أو كافرا فى دار الاسلام ولو ملك الحربى قريبه فى دار الحرب لم يعتق عندهما خلافا لابى
يوسف وكذا المسلم لو ملك قريبه فيها لا يعتق وكذا لو أعتق الحربى أو المسلم عبدا فى دار الحرب لم
يعتق عندهما ويعتق عنده وان كان العبد مسلما أو ذميا عتق بالاجماع لانهما ليسا بمحل
الاسترقاق بالاستيلاء (وتحرير) بالجر عطف على قوله بأنت حر أى يصح العتق أيضا بتحرير (لوجه
الله) بأن قال أنت حر لوجه الله (و) كذا (للشيطان) بأن قال أنت حر للشيطان (و) كذا
(للصنم) بأن قال أنت حر للصنم لصدوره من أهله مضافا الى محله عن ولاية فنفذ ولغت تسمية
الجهة وكان عاصيا بها (و) كذا يصح (بكره) بان أعتقه مكرها (و) كذا اذا صدر عن (سكر)

بان

بان أعتقه وهو سكران وعند الثلاثة لا يعتق فيهما وقد مرّ مستوفى فى كتاب الطلاق (وان أضافه) أى ان أضاف العتق (الى ملك) بأن قال ان ملكتك فأنت حرّ (أو) أضافه الى (شرط) بأن قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حرّ (صح) التعليق فيعتق عند وجود الشرط خلافا للشافعى فى الاضافة الى الملك وقد مرّ أيضا هناك (ولو حرّر حاملا) بأن قال لامته وهى حامل أنت حرة او أعتقتك (عتقا) أى الام والحمل جميعا لانه تبع لها لاتصاله بها وعن أبى يوسف اذا خرج أكثر الولد فاعتق الام لا يعتق الولد لانه كالمنفصل فى حق الاحكام ألا ترى أنه تنقضى به العدة ولو مات فى هذه الحالة يرث بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر (وان حرره) أى الحمل (عتق) الحمل (فقط) دون الام لانّ الام لم يضف اليها الاعتاق ولا يمكن جعلها تبعا للحمل لما فيه من قلب الموضوع فلا تعتق والحمل محل للعتق ولهذا يعتق تبعا للام فلان يعتق اذا أفرده أولى بخلاف بيعه وهبته لعدم القدرة على التسليم وانما يعرف قيام الحمل وقت الاعتاق اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من ذلك الوقت وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من ذلك الوقت لم يعتق لعدم التيقن بوجوده فى بطنها وقت الاعتاق الا أن تكون معتدة عن طلاق أو وفاة فتلد لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق فحينئذ يعتق لانه كان موجودا حين أعتقه ألا ترى أنه يثبت نسبه منه ومن ضرورته وجوده عنده (والولد يتبع الام فى الملك) بأن ملكها بشراء أو هبة ونحوهما ملك حملها أيضا لرجحان جانبها (والحرية) بان حررها وهى حامل يتبعها الحمل كما ذكرنا (والرق) بان أسر امرأة من دار الحرب وأخرجها ملكها وولدها رق مثلها (والتدبير) بأن دبر أمته يتبعها حملها فى التدبير (والاستيلاد) بأن زوّج أم ولده من رجل يكون الولد فى حكم أمه فاذا مات المولى يعتقان من جميع المال ثم ان تزويج أم الولد انما يصح اذا لم تكن حاملا فان كانت حاملا فالنكاح باطل للزوم الجمع بين الفراشين (والكتابة) بأن كاتب أمته يتبعها حملها فى الكتابة وذلك لانه قبل الانفصال كعضو من أعضائها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها وكذلك يعتبر جانب الام فى البهائم حتى اذا تولد بين الوحشىّ والاهلىّ أو بين المأكول وغيره يؤكل اذا كانت أمه تؤكل ويجوز الاضحية به اذا كانت أمه مما يجوز الاضحية بها والحاصل ان الولد يتبع الام فيما ذكرناه ويتبع الاب فى النسب لانه للتعريف والام لا تشتهر ويتبع خير الابوين فى الدين (وولد الامة من سيدها حر) هذا يستثنى من الحكم المذكور لانّ ولد الامة من سيدها مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا يعارضه ماء الامة لانه مملوك له بخلاف أمة الغير لانّ ماءها ملك لسيدها والزوج قد رضى به لعلمه بخلاف ولد المغرور لانّ الوالد لم يرض به فلهذا قلنا علق حرّا فى حقه فلا يتبعها الولد والله اعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (العبد الذى (يعتق بعضه) هل يقتصر عليه أو يعتق كله) *

(من أعتق بعض عبده) بأن أعتق ربعه أو ثلثه أو نصفه (لم يعتق كله) عند أبى حنيفة وقالا يعتق كله وأصله انّ الاعتاق يوجب زوال الملك عنده وهو متجزئ وعندهما يوجب زوال الرق وهو غير متجزئ وأما نفس الاعتاق أو العتق فلا يتجزأ بالاجماع لانّ ذات القول وهو العلة وحكمه وهو نزول الحرية فيه لا يتصوّر فيه التجزى وكذا الرق لا يتجزأ بالاجماع لانه ضعف حكمى والحرية قوة حكمية فلا يتصوّر اجتماعهما فى شخص واحد فاذا ثبت هذا فأبو حنيفة

اعتبر جانب الرق فجعل كله رقيقا على ما كان وقال زال ملكه عن البعض الذى أعتقه ولم يكن ذلك البعض حرا وهما اعتبرا جانب الحرية فصار كله حرا وبه قالت الثلاثة ولو قال بعضك حر أو جزء منك حر يؤمر بالبيان ولو قال سهم منك حر عتق سدسه وعندهما يعتق كله في الكل (وسعى) العبد (له) أي للمولى (فيما بقي) من قيمته فاذا أدى عتق كله دفعة واحدة وعندهما لا يسعى لانه عتق كله (وهو) أي معتق البعض (كالمكاتب) عند أبي حنيفة لانه كله رقيق وانما الملك قد زال عن بعضه باضافة العتق اليه فعمل بالدليلين بانزاله مكاتبا حتى لا تقبل شهادته ولا يرث ولا يورث ولا يتزوج الا أنه اذا عجز لا يرد الى الرق لان المولى أوجب السعاية لوقوع الحرية في البعض وهو موجود بعد العجز بخلاف المكاتب كتابة مقصودة وعندهما هو كالحر المديون لان العتق وقع في جميعه بناء على ما تقدم وهذا كما اذا أعتق بعض عبده أو أعتق بعض الشركاء نصيبه أو بعض الورثة أو الغرماء أو المريض ولم يخرج من الثلث وأما العبد الرهن اذا أعتقه الراهن وهو معسر وسعى العبد فهو حر بالاجماع لان الدين على الراهن لا في رقبة العبد ولهذا يرجع العبد على الراهن بما سعى (وان أعتق رجل نصيبه) من عبد (فلشريكه) الخيار بين ثلاثة أشياء اما (أن يحرر) يعني يعتق نصيبه (أو يستسعى) العبد (والولاء) في الوجهين (لهما) أي للشريكين (أو يضمن) المعتق قيمة نصيبه (لو) كان المعتق (موسرا ويرجع) المعتق (به) أي بالذى ضمن (عليه) أي على العبد (و) يكون (الولاء له) أي للمعتق وهذا كله عند أبي حنيفة وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار أو السعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد بشيء والولاء للمعتق في الوجهين وعند الثلاثة في الموسر كذلك وفي المعسر يبقى شريكه كما كان فللشريك بيعه أي بيع نصيبه وهبته وعتقه وهذا مبني على أصلين أحدهما تجزئ الاعتاق وعدمه وقد مر بيانه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لقوله عليه الصلاة والسلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا فكذا هنا غير ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير لا يسار الغنى وهو أن يملك من المال قيمة نصيب الآخر فاضلا عما يحتاج اليه من ملبوسه ونفقة عياله وسكناه ويعتبر حاله يوم الاعتاق حتى لو أيسر بعده أو أعسر لا يعتبر وان اختلفا فيه يحكم الحال الا أن يكون بين الخصومة والعتق مدة تختلف فيها الاحوال فيكون القول قول المعتق لانه منكر وان اختلفا في قيمة العبد يوم العتق فان كان قائما يقوم للحال وان كان هالكا فالقول للمعتق لانه منكر وان اتفقا على ان الاعتاق سابق على الاختلاف فالقول قول المعتق قائما كان العبد أو هالكا وان اختلفا في الوقت والقيمة فادعى الساكت أنه أعتقه للحال يحكم بالعتق للحال ويقوم لان الحادث يضاف الى أقرب الاوقات وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت واحتجت الثلاثة بقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق رواه البخاري وبقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه والا فقد عتق منه ما عتق رواه البخاري

ومسلم

ومسلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصا له فى مملوك فخلاصه عليه فى ماله ان كان له مال والا قوم عليه واستسعى به غير مشقوق أى لا يشدد عليه الامر رواه البخارى ومسلم فثبت السعاية بذلك وقال ابن حزم على ثبوت الاستسعاء ثلاثون صحابيا وليس فيما رووه ما ينافى مذهبنا بل فيه دليل على ما نقول لانه عليه الصلاة والسلام قال فى الحديث الاول فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق وكلمة ثم للتراخى فدل على انه يعتق بعد ذلك اما باعتاقه أو بالسعاية وقال فى الحديث الثانى أعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه بالواو وهى لا تنافى الترتيب ولا التراخى فحملناه عليه توفيقا بين الاحاديث وقوله والا فقد عتق منه ما عتق لم تصح هذه الزيادة عن الثقة أنه من قوله عليه الصلاة والسلام حتى قال أيوب ويحيى بن سعيد لا ندرى أهو شئ فى الحديث أو قاله نافع من قبله وهما الراويان لهذا الحديث وقال ابن حزم فى المحلى هى مكذوبة (ولو شهد كل واحد من الشريكين (بعتق نصيب صاحبه) بأن قال كل واحد منهما لشريكه أعتقت نصيبك منه (سعى) العبد (لهما) أى للشريكين موسرين كانا أو معسرين او كان أحدهما موسرا والآخر معسرا عند أبى حنيفة والولاء لهما وهذا بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه وقالا ان كانا معسرين يسعى أو كان أحدهما معسرا الا ان كانا موسرين والولاء موقوف حتى يتفقا على اعتاق أحدهما وبه قال زفر وعند الثلاثة لو حلفا أو نكلا فنى عتق نصيب كل منهما قولان (ولو علق احدهما) أى أحد الشريكين (عتقه) أى عتق العبد المشترك بينهما (بفعل فلان غدا) بأن قال ان دخل زيد الدار غدا فأنت حر (وعكس الآخر) بأن قال ان لم يدخل زيد الدار فأنت حر (ومضى) الغد (ولم يدر) ادخل زيد الدار أم لا (عتق نصفه) أى نصف العبد للتيقن بحنث أحدهما (وسعى) العبد (فى نصفه) أى فى نصف قيمته (لهما) أى للشريكين وهذا عند أبى حنيفة سواء كانا موسرين أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وكذا عند أبى يوسف ان كانا معسرين وقال محمد يسعى فى جميع قيمته ان كانا معسرين وان كانا موسرين فلا سعى وان كان أحدهما معسرا والآخر موسرا سعى فى نصف قيمته للموسر وهذا بناء على الاصلين المذكورين الا أن محمدا خالف أبا يوسف حيث أوجب كل السعاية لان المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول والقضاء على المجهول لا يصح (ولو حلف كل واحد) من الشريكين (بعتق عبده) بأن كان لهما عبدان فحلفا عليهما كل واحد منهما لاحدهما كما فى المسئلة السابقة بأن قال كل منهما ان دخل فلان الدار فهو حر وعكس الآخر بأن قال ان لم يدخل فهو حر (لم يعتق واحد) من العبدين للجهالة فى المقضى له والمقضى عليه فامتنع القضاء بخلاف السابقة فان المقضى له بالحرية وهو العبد الواحد معلوم وكذا سقوط نصف السعاية عنه والمقضى به وهو الحرية والمجهول واحد وهو الحانث منهما فغلب المعلوم المجهول وفى هذه المسئلة بالعكس لان المجهول هو الغالب فيها فامتنع القضاء لذلك ولا يشكل هذا بما اذا كان بينهما عبد وأمة فقال أحدهما ان دخل فلان الدار اليوم فالعبد حر وقال الآخر ان لم يدخل فالامة حرة ولم يعرف أدخل أم لا يعتق كل واحد منهما مع أن المقضى له بالعتق والمقضى عليه مجهول لان كل واحد منهما أقر بفساد نصيبه لزعمه ان شريكه هو الحانث بخلاف السابقة فان كلا منهما يزعم ان الآخر هو الحانث فى عبده وليس له فيه نصيب حتى لو تقايضا عتق عليهما

لاقرار كل منهما بحرية عبد الآخر وعلى كل منهما قيمة ما اشترى لان كلا منهما يزعم انه اشترى
حرا بعبد ففسد البيع باقرارهما ثم فى مسئلة العبد والامة يسعى كل منهما فى جميع قيمته عند أبى
حنيفة فتكون بينهما نصفان وكذا عندهما ان كانا معسرين وان كانا موسرين سعى كل منهما
للحالف بعتقه ولم يسع لغير الحالف فيه كذا فى المحيط وفى الايضاح انّ كلا منهما يسعى فى ثلاثة
أرباع قيمته عند أبى يوسف لان النصف حر بيقين ولو اشترى العبدين فى مسئلتنا رجل واحد جاز
وان كان عالما بحنث احد البائعين لزعم كل منهما انه باع عبدا وزعم المشترى قبل الدخول
فى ملكه غير معتبر فاذا صح الشراء واجتمعا فى ملكه عتق عليه أحدهما لانّ زعمه معتبر فى حق
نفسه فى هذه الحالة ويؤمر بالبيان لانّ المقضى عليه معلوم (ولو ملك) رجل (ابنه مع) رجل
(آخر) بالشراء أو الهبة أو الصدقة أو الوصية أو الامهار أو الارث (عتق حظه) أى نصيبه أعنى
نصيب الاب لما روينا ولا فرق فى ذلك بين أن يعلم الآخر انه ابن شريكه أو لم يعلم (ولم يضمن الاب)
نصيب شريكه لانعدام التعدى فيه منه (والشريكه أن يعتق) نصيبه ان شاء (او يستسعى)
العبد فى قيمة نصيبه لانه عتق بمباشرته وليس له غير ذلك هذا عند أبى حنيفة وقالا يضمن الاب فى
غير الارث ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الابن فى نصيبه وعلى هذا الخلاف لو حلف
أحدهما بعتق عبد ان ملك نصفه فملكاه بهذه الاسباب وعند الثلاثة لا يعتق شئ (وان اشترى
نصفه) اى نصف الابن (اجنبى ثم) اشترى (الاب ما بقى) من الابن وهو النصف الآخر (فله) أى
فللاجنبى (أن يضمن الاب) ان شاء (أو يستسعى العبد) فى قيمة نصيبه لوجود التعدى من الاب
(وان اشترى) الاب (نصف ابنه ممن يملك كله) أى كل الابن (لا يضمن) الاب (لبائعه) شيأ عند
أبى حنيفة لانّ البائع شاركه فى العلة وهو البيع وقالا ان كان الاب موسرا يجب عليه الضمان
ولو اشتراه أبوه من أحد الشريكين وهو موسر لزمه الضمان بالاجماع ولو كان مكان الابن جارية
مستولدة بالنكاح فملكها الزوج مع غيره يجب عليه ضمان النصف لشريكه كيفما كان وان كانا
ملكاها بارث (عبد) مملوك (لموسرين) وهم ثلاثة (دبره واحد) منهم (وحرره آخر) منهم ضمن
الساكت وهو الذى لم يفعل شيأ (المدبر) بكسر الباء ولا يضمن المعتق (و) ضمن (المدبر) بكسر
الباء أيضا (المعتق ثلثه) أى ثلث العبد يعنى ثلث قيمته حال كونه (مدبرا) بفتح الباء (لا) يضمن
المدبر المعتق (ما ضمن) وهو الثلث الذى ضمنه للساكت عند أبى حنيفة وقالا العبد كله صار
مدبرا للذى دبره أوّل مرّة واعتاق المعتق باطل ويضمن لشريكه ثلثى قيمته موسرا كان أو معسرا
وأصله انّ التدبير يتجزأ عنده كالعتق معنى التجزئ انه ازالة الملك وعندهما لا يتجزأ لانّ موجبه
حق الحرية فيكون معتبرا بحقيقة الحرية (ولو قال) رجل (لشريكه) فى الامة (هى) أى
الامة (ام ولدك وأنكر) الشريك ذلك فهى موقوفة (يخدمه) أى تخدم الامة المنكر (يوما
وتتوقف يوما) ولا سعاية عليها للمقر عند أبى حنيفة ونصف كسبها للمنكر والنصف الآخر
موقوف ونفقتها من كسبها وان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لانّ نصفها للمنكر
بيقين لانّ المقرّ ان كان صادقا فهى أم ولده وان كان كاذبا فهى شركة بينهما فكان نصف الخدمة
مستحقا له ووقع الاشتباه فى النصف الآخر فيتوقف وقالا ليس للمنكر ان يستخدمها وله أن
يستسعيها فى نصف قيمتها ثم تكون حرّة ولا سبيل عليها لانّ المقرّ أفسد نصيبه ونصيب الشريك

وتعذر

وتعذر التضمين لعدم البينة فوجبت السعاية عليها وبه قالت الثلاثة وذكر في الاصل رجوع أبي يوسف الى قول أبي حنيفة (ومالام ولد تقوم) هذا نصف بيت من الرجز أخذه الشيخ من المنظومة للنسفي أي ليس لها قيمة عند أبي حنيفة وقالا لها قيمة لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطأ واجارة واستخداما فتكون متقومة كالمدبر ولهذا لو قال كل مملوك لي حر تدخل أم الولد فيه واستباحة الوطء دليل الملك وقيمتها ثلث قيمة القن وبه قالت الثلاثة وله قوله عليه السلام أعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطني وقضيته الحرية وزوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة الحرية لمعارض وهو قوله عليه السلام أيما امرأة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه أو قال من بعده رواه أحمد ولا معارض له في زوال التقوم فثبت ماذكرنا ثم أشار الى بيان ثمرة هذا الخلاف بالفاء التي تدل على النتيجة بقوله (فلا يضمن احد الشريكين باعتاقها) أي باعتاق أم الولد يعني اذا كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وعندهما يضمن نصف قيمتها ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا ومن ثمرة الخلاف ما اذا غصبها غاصب فهلكت عنده لم يضمن خلافا لهما ومنها ما اذا مات أحد المولين عتقت عنده ولم تسع وعندهما تسعى في نصف قيمتها ومنها ما اذا باع جارية فجاءت بولد عند المشتري لاقل من ستة أشهر فماتت الجارية وادعى البائع ان الولد ابنه ثبت نسبه منه ويأخذ الولد ويرد الثمن كله عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام (له) أي لرجل (اعبد) ثلاثة (قال لاثنين) منهم (احدكما حر فخرج واحد) منهما (ودخل آخر وكرر) أي قال أيضا أحدكما حر (ومات) أي المولى (بلا بيان عتق) من الذي أعيد عليه القول (عتق ثلاثة أرباع الثابت) اجماعا (و) عتق (نصف كل واحد من الآخرين) وهما الخارج والداخل عندهما وعند محمد هو كذلك الا في الداخل فانه يعتق ربعه لان الايجاب الاول صح بكل حال فينصف والايجاب الثاني يصح في حال دون حال فينصف فيقسم هذا النصف عليهما فيصيب كل واحد ربعه لانه ان عنى بالاول الثابت لغا اللفظ الثاني ولهما ان اللفظ الاول بين الخارج والثابت نصفان واللفظ الثاني بين الثابت والداخل نصفان الا ان النصف لاقى الثابت ونصفه حر ونصفه رقيق فما لاقى الحرية لغا وما لاقى الرق صح فينصف فصار له ربع منه وقد أصاب نصف حرية فصار له ثلاثة أرباع واللفظان صحيحان لان الاول لم ينو بالعتق ولهذا يؤمر بالبيان (ولو) كان هذا القول (في المرض قسم الثلث على هذا) الطريق فيجعل كل عبد على أربعة أسهم يعتق من الخارج سهمان وكذا من الداخل ومن الثابت ثلاثة فصار سهام الوصية سبعة فيجعل كل عبد على سبعة وجميع المال احد وعشرون وعند محمد للداخل سهم فيجعل سهام الوصية ستة فيجعل كل عبد على ستة وكل المال ثمانية عشر للخارج سهمان من ستة وللثابت ثلاثة وللداخل سهم وعليهم السعاية بقدر الرق للورثة اثنا عشر وعند الثلاثة يقرع بينهم او يقوم الوارث مقامه في البيان وعن أحمد يقرع في الحياة والممات وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه الاول أن يموت المولى قبل البيان وهو قد ذكر حكمه والثاني أن تموت العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج فلان الكلام الاول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت مزاحمة الثابت وكذلك الكلام الثاني أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل فبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بالموت

ظهر ان الكلام الثانى صحيح بكل حال فصار قوله كقواهما وان مات الداخل قيل للمولى أوقع العتق الاول على أيهما شئت من الخارج والثابت فان أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثانى فبطل مزاحمة الداخل بموته وان أوقع العتق الاول على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الزيادات هذا عند محمد واما عندهما يجب أن يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثانى صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعين الثابت تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثانى لان المضموم اليه حر والثالث أن يكون الكل بالحياة فحكمه ان المولى يجبر على البيان مادام حيا لانه هو المبهم فان بدأ ببيان الكلام الاول فقال عنيت به الخارج عتق وصح الكلام الثانى لانه بقى دائرا بين العبدين فيؤمر ببيانه وان قال عنيت به الثابت عتق وبطل الايجاب الثانى لانه دائر بين حر وعبد فيكون مخبرا صادقا فى قوله احدكما حر وان بدأ ببيان الكلام الثانى فان قال عنيت به الداخل عتق ويؤمر ببيان الكلام الاول فيعتق من يبينه فيه فان قال عنيت به الثابت عتق به وعتق الخارج بالكلام الاول (والبيع) مبتدأ أى بيع أحد عبديه فيما اذا قال أحدكما حر من غير عين (والموت) عطف عليه أى موت أحد عبديه فى الصورة المذكورة (والتحرير) أى تحرير أحدهما فى الصورة المذكورة (والتدبير) أى تدبير أحدهما كذلك (بيان) خبر المبتدأ أى مبين (فى العتق المبهم) وهو ماذكرنا من قوله أحدكما حر من غير عين لان هذا الكلام أوجب عتقا مترددا بينهما فكانا فيه سواء فاذا مات أحدهما أو باعه أو أعتقه أو دبره تعين الآخر للعتق من غير تعيين لزوال المزاحم ولا يرد على هذا ما اذا قال لغلامين أحدهما ابنى أو قال لجاريتين احداهما أم ولدى فمات أحدهما لا يتعين الباقى للعتق ولا للاستيلاد لان هذا اخبار عن أمر كائن والاخبار يصح فى الحى والميت بخلاف البيان لانه فى حكم الانشاء فلا يصح الا فى المحل وهو الحى ثم لا فرق بين أن يكون العتق المبهم مطلقا أو معلقا حتى تكون التصرفات المذكورة بيانا فيهما حتى اذا قال لعبديه اذا جاء غد فأحدكما حر فتصرف فى أحدهما شيأ من هذه التصرفات ثم جاء الغد عتق الآخر وكذا اذا استولد احداهما تعينت الاخرى للحرية (لا الوطء) أى ليس الوطء ببيان فى العتق المبهم صورته اذا كانت له أمتان فقال احداهما حرة من غير تعيين ثم وطئ احداهما لا يكون وطؤه بيانا حتى لا تعتق الاخرى عند أبى حنيفة لثبوت الملك فيهما ولهذا له أن يستخدمهما وكان له الارش اذا جنى عليهما والمهر اذا وطئتا بشبهة لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط لا ينزل قبله والوطء كالاستخدام لانه لقضاء الشهوة لا لطلب الولد بخلاف الحرة وقالا تعتق الاخرى لان الوطء لا يحل الا فى الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء فصار كما لو علقت منه وكما اذا وطئ احدى المرأتين فى الطلاق المبهم وبه قال الشافعى ومالك (وهو) أى الوطء (والموت) كلاهما (بيان فى الطلاق المبهم) بأن قال لامرأتيه احداكما طالق من غير تعيين فوطئ احداهما تعينت الاخرى للطلاق وكذا اذا ماتت احداهما وقد ظهر الفرق مما ذكرناه (ولو قال) رجل لامته (أول ولد تلدينه) ان كان (ذكرا فأنت حرة فولدت ذكرا وأنثى ولم يدر الاول) منهما (رق الذكر) يعنى يصير رقيقا (وعتق نصف الام و) نصف (الانثى) لان كل

واحد منهما يعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولا فالام بالشرط والجارية بالتبعية اذ الام عتقت قبل ولادتها وترق فى حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى فى النصف وأما الغلام فيرق فى الحالين لان ولادته شرط لحرية الام فتعتق بعد ولادته فلا يتبعها وهذه المسئلة تتصور على ستة أوجه الاول ما ذكر فى الكتاب والثانى ان تدعى الام انها ولدت الغلام أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قول المولى لانه ينكر شرط العتق ويحلف على العلم لانه فعل الغير فاذا حلف لم يعتق واحد منهما الا أن تقيم البينة بعد ذلك وان نكل عتقت الام والبنت لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لانها نفع محض ولها عليها ولاية لاسيما اذا لم يعرف لها أب بخلاف ما اذا كانت كبيرة والثالث أن يوجد التصادق بأن الغلام هو الاول فتعتق الام والبنت دون الغلام والرابع ان يوجد التصادق بأن البنت هى الاولى فلا يعتق منهم أحد والخامس أن تدعى الام بان الغلام هو الاول ولم تدع البنت وهى كبيرة فانه يحلف المولى فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام دون البنت والسادس أن تدعى البنت وهى كبيرة ان الغلام هو الاول ولم تدع الام فتعتق البنت اذا نكل دون الام (ولو شهدا) أى رجلان (انه) اى أن فلانا (حر احد عبديه او) حرر احدى (امتيه لغت) هذه الشهادة عند أبى حنيفة وقالا تقبل ويؤمر بأن يعتق أحدهما وبه قالت الثلاثة وأصلها ان الدعوى من العبد شرط عنده كما فى دعوى المال فلم تقبل وعندهما ليست بشرط لان العتق حق الشرع فان قلت دعوى الامة ليست بشرط بالاجماع فلم لا تعتق ههنا قلت لان عدم الاشتراط كان لتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عند أبى حنيفة كما مر بيانه (الا أن تكون) هذه الشهادة (فى وصية) بأن شهدا انه أعتق أحد عبديه فى مرض موته تقبل الشهادة اجماعا لان نفعه يعود اليه فتحقق الدعوى من الخلف وهو الوصى أو الوارث ولو شهدا بعد موته انه قال فى صحته أحدكما حر فلا نص فيه فقيل لا تقبل والاصح انها تقبل وكذلك لو شهدا على تدبيره فى مرضه أو فى صحته تقبل بلا خلاف (او) تكون هذه الشهادة فى (طلاق مبهم) بأن شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة اجماعا ويجبر الزوج على ان يطلق احداهن

هذا (باب) فى بيان أحكام (الحلف بالعتق)

وفى بعض النسخ بالدخول موضع العتق (ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ حر عتق ما يملك بعده) أى بعد الحلف (به) أى بدخول الدار لان معنى قوله يومئذ يوم اذ دخلت الدار فحذف الجملة وعوضها التنوين فاعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان فى ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا فان قلت ينبغى أن لا يعتق من لا يكون فى ملكه يوم حلف لانه ما أضاف العتق الى الملك ولا الى سببه قلت ان لم توجد الاضافة صريحا فقد وجدت دلالة لان المملوك لا يكون بدون الملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا فهو حر وقت دخولى الدار بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار لا يعتق لانه لم توجد الاضافة الى الملك صريحا ولا دلالة (ولو لم يقل) فى يمينه فى الصورة المذكورة (يومئذ) بل قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى حر (لا) يعتق من ملكه بعد اليمين لان قوله كل

مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك فى الحال الا أنه تأخر للشرط فيعتق اذا بقى على ملكه الى وجوده وهو الدخول ولا يتناول من اشتراه بعده لعدم الاضافة مطلقا (و) لفظ (المملوك لا يتناول الحمل) لانه يتناول المطلق والحمل مملوك تبعا للام لا مقصودا فلا يدخل تحت المطلق حتى لو قال كل مملوك لى حر وكان له حمل مملوك بطريق الوصية بأن أوصى له بالحمل فقط أو قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا الاقل من ستة أشهر لم يعتق لما ذكرنا وكذا لا يدخل المكاتب لانه ليس مملوكا من كل وجه بخلاف أم الولد والمدبر لان ملكهما كامل وان كان الرق فيهما ناقصا على ما يجيء بيانه ان شاء الله تعالى (ولو قال) رجل (كل مملوك لى حر بعد غد (أو) قال كل مملوك (أملكه حر بعد غد او) قال كل مملوك لى حر (بعد موتى) أو قال كل مملوك أملكه حر بعد موتى (يتناول) هذا الكلام (من ملكه) أى من كان فى ملكه (منذ حلف) أى فى وقت حلفه (فقط) فلا يتناول من ملكه بعد اليمين حتى يعتق بعد غد أو يكون مدبرا فى الحال من كان فى ملكه فى ذلك الوقت ولا يعتق ولا يدبر من كان يملكه بعد ذلك لان قوله هذا للحال فكان الجزاء حرية المملوك أو تدبيره فى الحال فلا يتناول ما سيشتريه بعد اليمين (وبموته) أى بموت المولى (عتق من ملك بعده) أى بعد اليمين (من ثلثه) أى من ثلث ماله (ايضا) عندهما لان هذا ايجاب عتق بطريق الوصية حتى اعتبر من الثلث والوصية انما تقع بعد الموت ويكون حال الموت فيها مقصودا فيتناول ما يملكه عند الموت وقال أبو يوسف لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان اللفظ حقيقة للحال كما مر فلا يتناول ما سيملكه فان قلت يلزم على قولهما الجمع بين الحقيقة والمجاز أو تعميم المشترك على ما اختلفوا فى المضارع قلت هذا اذا كان سبب واحد وأما باعتبار سببين مختلفين فلا يلزم ذلك فكلامه هذا ايجاب عتق وايصاء والايجاب لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى سببه والايصاء لا يصح الا فى الموجود عند الموت فبهذا الاعتبار صح هذا فافهم

هذا (باب) فى بيان أحكام (العتق على جعل)

بضم الجيم وهو اسم لما يجعل شرطا للعتق (حرر) رجل (عبده على مال) بأن قال أنت حر على ألف أو بألف أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بألف (فقبل) العبد ولا بد منه لانه علقه بقبوله ولانه معاوضة كالبيع (عتق) وصار المال دينا عليه لالتزامه به وكانت ذمته صالحة وقد تأكدت بالعتق واطلاق لفظ المال يتناول أنواعه حتى الحيوان وان لم يكن معينا بعد أن يكون معلوم الجنس ولا يبالى بجهالة الوصف كالجودة والرداءة لانها يسيرة ولا بجهالة النوع لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد (ولو علق) المولى (عتقه) أى عتق العبد (بادائه) أى باداء العبد المال (صار) العبد (مأذونا) له فى التجارة لدلالة الحال على ذلك ولا يصير مكاتبا لان صيغته صيغة التعليق وهو أن يقول ان أديت الى ألفا فأنت حر ونحوه فتعلق عتقه بأداء المال فلهذا لا يحتاج فيه الى قبوله ولا يبطل بالرد وللمولى أن يبيعه ثم لو قال ان أديت الى يقتصر على المجلس وعن أبى يوسف انه لا يقتصر حتى لو باعه ثم اشتراه وأدى يجبر على القبول ويعتق (وعتق العبد (بالتخلية) بين المال وبين المولى حتى اذا أحضره بحيث يتمكن المولى من قبضه أجبره

الحاكم ونزله قابضا بذلك وحكم بعتق العبد قبض او لا وهو تفسير الاجبار فى سائر الحقوق وقال زفر لا يجب على المولى القبول ولا يجبر عليه وهو القياس لانه تعليق العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ويمكنه أن يبيعه قبل الاداء ولا يصير العبد أحق باكسابه ولو أبرأه المولى لا يعتق ولا يعتبر ابراؤه ولو تبرع به غيره وادى عنه لم يعتق ولو مات المولى لا يعتبر اداؤه للورثة ولنا انه وان كان تعليقا لفظا الا انه معاوضة معنى فيجبر عليه دفعا لضرر الغرور عن العبد (وان قال) رجل لعبده (أنت حر بعد موتى بألف فالقبول) من العبد يكون (بعد موته) أى موت المولى لان ايجاب العتق أضيف الى ما بعد الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب فصار كقوله أنت طالق غدا ان شئت فانه لا يعتبر مشيئتها قبل غد وكذا لو قال لعبده أنت حر غدا بألف درهم بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال الا انه لا يجب المال لان الرق قائم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا أن يكون مكاتبا فقط بخلاف ما اذا أعتقه على مال حيث يجب عليه لان الرق قد زال فان قلت اذا لم يجب المال فما فائدة القبول قلت فائدته أن يكون مدبرا لوجود الشرط لان التدبير معلق بقبول المال فلا يكون مدبرا ما لم يقبل ولا يعتق وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس بأهل للعتق بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط فيه اعتاق أحد (ولو حرره) أى ولو أعتق عبده (على خدمته) أى على خدمة العبد اياه (سنة فقبل) العبد (عتق) يعنى من ساعته وصورته أن يقول له أعتقتك على ان تخدمنى سنة وأما اذا قال ان خدمتنى كذا مدة فأنت حر لا يعتق حتى يخدمه لانه معلق بشرط والاول معاوضة (وخدمه) أى وخدم العبد مولاه سنة لانه سلم له المبدل فيجب عليه تسليم البدل (فلو مات) المولى أو العبد (يجب قيمته) أى قيمة العبد وتؤخذ من تركته ان كان الميت هو العبد عندهما وعند محمد يجب عليه قيمة الخدمة سنة وهو قول أبى حنيفة أولا ولو كان مات فى أثناء السنة وجب عندهما من قيمته قسط ما بقى من الحول وعند محمد من قيمة الخدمة قسط ما بقى من الحول وهذه المسئلة من فروع ما اذا باع نفس العبد منه بجارية ثم استحقت أو هلكت قبل القبض يرجع المولى عليه بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عند محمد وعلى هذا لو أعتق ذمى عبده على خمر فى الذمة فأسلم يجب عليه قيمة نفسه عندهما وعنده قيمة الخمر وذكر فى البرهانى أن فائدة الخلاف انما تظهر اذا اختلفت قيمة العبد وقيمة الخدمة بأن كانت قيمة العبد الف درهم وقيمة الخدمة سنة خمسمائة درهم (ولو قال) رجل لآخر (أعتقها) أى أمتك (بألف على ان تزوجنيها ففعل) أى أعتقها على نحو ما قال (فابت) الامة التى أعتقها (أن تتزوجه) أى الرجل المذكور (عتقت) عتقا (مجانا) بغير شئ لان من قال لغيره أعتق عبدك على الف درهم على لا يلزمه شئ ووقع العتق بخلاف ما اذا كان ذلك فى الطلاق ولم يقع لفظ على فى المختصر بعد قوله بألف وهكذا ذكر فى عامة نسخ الهداية وقد ذكرها فى بعضها وهو الحق يدل على ذلك قوله لان اشتراط البدل على الاجنبى فى الطلاق جائز وفى العتاق لا يجوز فلا يكون اشتراطا على الاجنبى الا اذا قال على فيكون الصواب أن يقال أعتق أمتك بألف درهم على أن تزوجنيها (ولو زاد) القائل المذكور فى المسئلة السابقة

لفظة (عني) بأن قال أعتق أمتك عني بألف درهم على أن تزوجنيها فأبت أن تتزوجه (قسم الالف على قيمتها و) على (مهر مثلها ويجب ما اصاب القيمة فقط) يعني يسقط ما أصاب المهر لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء فكأنه قال بع أمتك عني بألف درهم ثم كن وكيلي في الاعتاق على أن تتزوج مني فاذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما و وجب عليه حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه حصة ما لم يسلم له وهو البضع ولو زوجت نفسها منه في الوجهين لم يذكره في الجامع الصغير وجوابه ان ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو للمولى في الوجه الثاني وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين لانه قابل الالف بالرقبة والبضع فيقسم عليهما فيجب عليه عوض ما سلم له دون غيره

هذا (باب) في بيان أحكام (التدبير)

هو لغة النظر فيما يؤول اليه عاقبته ودبر الرجل اذا ولى فكأنه من دبر الحياة أو من التدبير لانه دبر نفسه فيه حيث استخدمه في حال حياته وتقرب به الى الله تعالى بعد وفاته وشرعا (هو) أي التدبير (تعليق العتق بمطلق موته) أي موت المولى وفي المبسوط التدبير عبارة عن العتق الموقع في المملوك بعد موت المالك وما قاله الشيخ أحسن لان الثاني يرد عليه المدبر المقيد بأن قال ان مت في سفري أو من مرضي هذا أو من مرض كذا ونحو ذلك مما ليس بمطلق واحترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موته (كاذا) أي كقوله اذا (مت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت أو) انت حر (عن دبر مني أو) أنت (مدبر او) قال (دبرتك) هذا كله تمثيل للتدبير المطلق فيصير به مدبرا لانه صريح فيه وكذا لو قال أعتقتك بعد موتي أو أنت عتيق أو معتق أو محرر بعد موتي الى غير ذلك من ألفاظ العتق وكذا اذا قال ان مت فأنت حر لانه تعليق بالموت وان كان كائنا لا محالة وكذا اذا قال ان حدث بي حدث فأنت حر لان الحدث يراد به الموت عادة وكذا اذا قال أنت حر مع موتي أو في موتي واعلم ان الفاظه ثلاثة الاول أن يصرح بالتدبير كما ذكرنا فلا يحتاج الى النية والثاني أن يكون بلفظ التعليق كقوله ان مت فأنت حر ونحوه من القران بالموت أو التعليق به والثالث أن يكون بلفظ الوصية كقوله أوصيت لك برقبتك أو بعتقك لان العبد لا يملك نفسه فكانت الوصية به وصية بالعتق وكذا اذا أوصى له بثلث ماله لان رقبته من جملة ماله فكان موصى له بثلث رقبته وهو تمليك بعد الموت وتمليك العبد من نفسه اعتاق لانه لا يملك نفسه فصار كأنه قال أنت حر بعد موتي (فلا يباع) المدبر (ولا يوهب) وقال الشافعي يجوز بيعه وغيره من التصرفات وبه قال أحمد لما روى عن جابر رضي الله عنه ان رجلا أعتق غلاما له عن دبر منه فاحتاج فأخذه النبي صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه مني فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا فدفعه اليه متفق عليه وعن أحمد انما يجوز بيعه اذا كان على السيد دين وعند مالك لا يجوز بيعه حال الحياة ويجوز بعد الممات ان كان على المولى دين ولنا ما رواه ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث فان قلت الحديث غريب ولو اشتهر حمل على نفي الفضيلة وبه نقول قلت الحديث مشهور احتج به الكرخي والطحاوي والرازي وغيرهم من الائمة وروى أبو الوليد الباجي ان عمر رضي الله عنه رد بيع المدبرة في ملا خير القرون وهم حضور متوافرون وهو اجماع منهم أن بيع المدبر لا يجوز وما رواه حكاية حال فلا يمكن

الاحتجاج

الاحتجاج به لانه يحتمل أن يكون كان مدبرا مقيدا ويحتمل أنه باع منفعته بأن اجره والاجارة تسمى بيعا بلغة أهل اليمن لان فيها بيع المنفعة يؤيده ما رواه جابر انه عليه السلام باع خدمة المدبر ذكره أبو الوليد المالكي ويحتمل انه باعه فى وقت كان يباع الحر بالديون كما روى انه عليه السلام باع حرا بدينه ثم نسخ بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره فى الناسخ والمنسوخ (ويستخدم) المدبر (ويؤجر) للناس (ويوطأ) الامة المدبرة أى المولى يطؤها (وتنكح) أى المدبرة أى المولى يزوجها من انسان لان ملكه ثابت فيه بخلاف البيع ونحوه فانه يبطل حقه فيه وليس له أن يرهنه لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء من المالية بطريق البيع وهو ليس محلا للبيع كأم الولد (وبموته) أى وبموت المولى (عتق) المدبر (من ثلثه) أى من ثلث ماله لما روينا (ويسعى) المدبر (فى ثلثيه) أى فى ثلثى قيمته (لو) كان المولى (فقيرا) ولم يكن له مال غيره (و) يسعى فى (كله) أى فى جميع قيمته (لو) كان المولى (مديونا) بدين يستغرق جميع ماله لانه وصية ومحل نفاذه الثلث ولم يسلم للموصى له شئ الا اذا سلم للورثة ضعفه والدين مقدم على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب نقضه معنى برد قيمته (ويباع) المدبر المقيد بالاجماع وفسره بقوله (لو قال) المولى (ان مت من مرضى) هذا (أو سفرى) هذا فأنت حر (أو) قال ان مت (الى عشر سنين) فأنت حر (او) قال (أنت حر بعد موت فلان) لانه ليس بمدبر مطلق فجاز بيعه (ويعتق) المدبر (ان وجد الشرط) بأن مات من مرضه ذلك أو سفره ذلك ولو وقته بمدة لا يعيش مثله اليها بأن قال ان مت الى مائة سنة فأنت حر ومثله لا يعيش الى مائة سنة فهو مدبر مطلق عند الحسن بن زياد وقال أبو يوسف ليس بمطلق لان العبرة للتوقيت والمختار هو الاول ومن المقيد أن يقول اذا مت وغسلت فأنت حر لانه علقه بالموت وشئ آخر بعده وان مات ففى القياس أن لا يعتق ما لم يعتق وان غسل لانه لما لم يعتق بنفس الموت انتقل الى الوارث وفى الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب موته قبل أن يتقرر ملك الوارث فيه ومنه أن يقول أنت حر قبل موتى بشهر أو بيوم ومضى الشهر أو اليوم فهو مقيد حتى يملك بيعه خلافا لزفر ولو قال اذا مت أو قتلت فأنت حر فعند زفر يكون مدبرا خلافا لابى يوسف والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاستيلاد)

وهو طلب الولد لغة وشرعا طلب الولد من الامة وأم الولد اسم للامة المستولدة من الاسماء التى خرج بها من العموم الى الخصوص كالحج والتيمم ونظيره البيت والنجم (ولدت أمة من السيد) أى من مولاها (لم تملك) لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه السلام قال من وطئ أمة فولدت له فهى معتقة عن دبر منه رواه أحمد وابن ماجه وعنه رضى الله عنه ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطنى وهو حجة على بشر وداود فى تجويزهما بيعها وانها لا تعتق بموت المولى استدلالا بما روى عن على رضى الله عنه أنه كان يجوز بيع أمهات الاولاد قلنا قد صح أنه رجع الى قول الجماعة (ويوطا) أم الولد (وتستخدم وتؤجر وتزوج) لبقاء ملكه (فان ولدت بعده) أى بعد الولد الاول (ثبت نسبه) أى نسب الولد من المولى (بلا دعوة) منه ولا يثبت فى أول مرة الا أن يعترف به وقال الشافعى يثبت اذا اعترف بالوطء وان عزل عنها الا أن يدعى انه استبرأها بعد وطئها

بمحضة لان فى المنكوحة يثبت بالعقد المفضى الى الولد بواسطة الوطء فلان يكون الوطء نفسه مع كونه أكثر افضاء مثبتا للنسب أولى وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه لا فراش لها الا انها لو صارت فراشا بالوطء لوجب بزوال فراشها ما سمى عدة فاذا كان كذلك لا يثبت الا باعترافه ولو اعترف بالحمل فاذا جاءت به لستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بوجوده وقت الاقرار ولا فرق بين أن يكون حيا أو ميتا بعد ما استبان خلقه وان جاءت به لاكثر لم يثبت وبوطئه فى دبرها يلزم الولد عند مالك وأحمد ووجه ضعيف عند الشافعى (بخلاف) الولد (الاول) فانه لا يثبت الا باعترافه كما ذكرنا (وانتفى) نسب ولد أم الولد بعد ما اعترف بالاول (بنفيه) أى بمجرد نفيه من غير لعان لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى نسب ولدها الا باللعان لتأكد الفراش ألا ترى انه لا يملك ابطاله بالتزويج وفى المبسوط انما يملك نفيه مالم يقض القاضى به أو لم يتطاول ذلك فأما اذا قضى القاضى به فقد لزمه على وجه لا يملك ابطاله وكذا بعد التطاول ومدته قد ذكرت فى باب اللعان ولو أعتقها ثم جاءت بولد الى سنتين لزمه وليس له أن يتزوج أختها عند أبى حنيفة مادامت فى العدة وعلى هذا لو مات فجاءت بولد لاقل من سنتين ثبت ولزم (وعتقت) أى أم الولد (بموته) أى بموت المولى (من كل ماله) لما روينا (ولم تسع لغريمه) أى لغريم المولى ولا للوارث بخلاف التدبير لما بينا (ولو أسلمت أم ولد النصرانى سعت فى قيمتها) لانها تكون مكاتبة والسعاية لا تضر بالمولى وقال زفر تعتق للحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض الاسلام على المولى فامتنع فان قلت هى غير متقومة عند أبى حنيفة فكيف تجب عليها السعاية قلت وجوب السعاية لا يشترط فيه التقوم ألا ترى ان القصاص لا يتقوم ومع هذا لو عفا بعض الاولياء انقلب نصيب الباقين مالا للتعذر ودفع الضرر عنهم ولو عجزت لا ترد الى ما كانت لانها لو ردت لاعيدت مكاتبة لقيام الموجب مالم يسلم مولاها والمدبر فى هذا كام الولد حتى اذا أسلم مدبر النصرانى يسعى فى قيمته (وان ولدت) الامة من رجل (بنكاح فملكها) بعده بوجه من الوجوه (فهى أم ولده) عندنا لان السبب هو الجزئية وقال الشافعى لا تصير أم ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها صارت أم ولد له عندنا وله فيها قولان ولو طلقها فتزوجت بغيره فولدت منه ثم اشتراها وأولادها كلهم تصير أم ولد له ويعتق ولدها منه وولدها من غيره يجوز بيعه ولا يكون بمنزلة أمه خلافا لزفر رحمه الله بخلاف الولد الحادث فى ملكه حيث يكون حكمه حكم أمه بالاتفاق (ولو ادعى) أحد الشريكين (ولد أمة مشتركة) بينهما (ثبت نسبه) أى نسب الولد منه لاحتياج الولد الى النسب لانه صادف ملكه فى النصف فتصح دعوته فيه ويثبت نسبه فيه فاذا ثبت نسبه فيه ثبت فى الباقى ضرورة انه لا يتجزى وسواء كانت الدعوى فى المرض أو فى الصحة (وهى) تكون (أم ولده) لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما وعند أبى حنيفة يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للتملك اذ لم يحصل لها شئ من أسباب الحرية قبل كالتدبير وغيره (ولزمه) أى المدعى (نصف قيمتها) لتكميل الاستيلاد وتعتبر قيمتها يوم العلوق وسواء كان موسرا أو معسرا لانه ضمان تملك بخلاف ضمان العتق فافهم (و) لزمه أيضا (نصف عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر لان الملك هناك ثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا

ملك

ملك نفسه (لا) تلزمه (قيمته) أى قيمة الولد لانه علق حر الاصل اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق والضمان يجب فى ذلك الوقت فيحدث الولد على ملكه (ولو ادعياه) أى ولو ادعى الشريكان نسب الولد الذى حبلت به أمه فى ملكهما (معا) أى مجتمعين (ثبت نسبه) أى نسب الولد (منهما) أى من الشريكين (وهى) أى الامة (أم ولدهما) وقال الشافعى رحمه الله يرجع الى القافة فى الحاقه بأحدهما لان النبى صلى الله عليه وسلم سر بقول القائف فى أسامة بن زيد وبه قال مالك وأحمد ولنا كتاب عمر رضى الله عنه الى شريح رحمه الله لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير وهو مذهب على وابن عباس وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ولانه رجم بالغيب والله تعالى هو المنفرد بعلم الغيب ويعلم ما فى الارحام ولان فيه قذفا للمحصنات ولهذا صار قذفا فى غير هذه الحالة اجماعا والقائف فى اللغة هو الذى يقول الباطل وسرور النبى صلى الله عليه وسلم كان لقطع طعن المشركين لانهم كانوا يطعنون فى نسب أسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان القائف يعلم ذلك ولما مر مجزز المدلجى عليهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض انقطع طعنهم ولزمت الحجة عليهم على زعمهم فسر عليه السلام لذلك لا لان قول القائف حجة شرعا ولانه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به (وعلى كل واحد) منهما (نصف العقر) أى المهر لان الوطء فى المحل المعصوم سبب للضمان فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر (وتقاصا) أى الشريكان لعدم فائدة استيفاء كل واحد من الآخر اللهم الا اذا كان نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر فيأخذ منه الزيادة اذ المهر يجب لكل واحد منهما بقدر ملكه فيها بخلاف البنوة والارث منه حيث يكون لهما على السواء لان النسب لا يتجزأ وهو فى الحقيقة لاحدهما فيكون بينهما على السواء لعدم الاولوية (وورث الابن (من كل) واحد من الشريكين (ارث ابن) كامل لان كل واحد منهما أقر له على نفسه بثبوته على الكمال فيقبل قوله (وورثا) أى الشريكان الابوان (منه) أى من الابن (ارث أب) واحد لان المستحق أحدهما فيقتسمان نصيبه لعدم الاولوية (ولو ادعى) رجل (ولد أمة مكاتبه وصدقه) أى المولى (المكاتب) فى دعواه (لزم النسب) لتصادقهما على ذلك (و) لزمه (العقر) أيضا لانه وطء بغير نكاح ولا ملك يمين ويسقط الحد للشبهة (و) لزمته (قيمة الولد) أيضا لانه فى معنى المغرور فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب (ولم تصر) الامة (أم ولده) لانه لا ملك له فيها حقيقة وما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل وتقديم الملك (وان كذبه) المكاتب (لم يثبت النسب) أى نسب الولد منه لان تصديقه معتبر وقال أبو يوسف يثبت لانها كسب كسبه فصارت كجارية الابن بل أولى والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الايمان)

وهو جمع يمين وهو القوة لغة قال تعالى لاخذنا منه باليمين أى بالقوة وهى الجارحة أيضا وشرعا (اليمين تقوية أحد طرفى الخبر) وهما طرف الصدق وطرف الكذب لان من شأن الخبر احتماله للصدق والكذب والباء فى قوله (بالمقسم به) يتعلق بقوله تقوية لانه اذا عزم على فعل أو ترك فقد قوى عزيمته بذكر المقسم به وهو الله تعالى لان اليمين بالله تعالى وبغيره مكروهة للنهى الوارد

ولكن افتوا بجواز غيره أيضا الاسيما في زماننا وقالوا النهي محمول على الحلف بغير الله لا على وجه الوثيقة كقولهم بأبيك ولعمرك ونحو ذلك وركن اليمين بالله ذكر اسمه أو صفته وبغيره ذكر شرط صالح وجزاء صالح وصلاحية الشرط أن يكون معدوما على خطر الوجود وصلاحية الجزاء أن يكون غالب الوجود عند وجود الشرط ليتحقق الحمل أو المنع وهو ليس بيمين وضعا وانما سمي يمينا عند الفقهاء لحصول معنى اليمين بالله وهو الحمل أو المنع ثم اليمين بالله ثلاثة أقسام غموس ولغو ومنعقد أشار الى ذلك بقوله (فحلفه) أي حلف الرجل (على) أمر (ماض) حال كونه (كذبا) أي كاذبا وحال كونه (عمدا) أي عامدا أي قاصدا للكذب (غموس) سمي به لانه يغمس صاحبه في الذنب ثم في النار (و) حلفه على أمر ماض حال كونه (ظنا) أي ظانا ان الامر كما قال (لغو) سمي به لانه لا اعتبار به واللغو اسم لما لا يفيد يقال لغا اذا أتى بشيء لا فائدة فيه وكلاهما يتصور في اليمين بالله ولا يتصور في اليمين بغيره لان تعليق الطلاق والعتاق والنذور بأمر كائن في الماضي لا يتحقق فيه اللغو ولا الغموس لان الطلاق يقع به وكذا العتاق والنذور سواء كان عالما وقت اليمين أو لم يكن عالما وعند الشافعي اللغو هو ما يجري بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله من غير قصد اليمين وحكى ذلك محمد عن أبي حنيفة وعن عائشة رضي الله عنها مثل ذلك موقوفا ومرفوعا وعن ابن عباس رضي الله عنهما هو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى أنه صادق (وأثم) الحالف (في الاولى) وهي الغموس (دون الثانية) وهي اللغو وفي بعض النسخ في الاول دون الثاني بالتذكير وكلاهما جائز لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم ولقوله عليه السلام الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس رواه البخاري وأحمد ولا يجب في الغموس الا التوبة والاستغفار ولا تجب الكفارة وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت لرفع هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق الهتك بالاشهاد باسم الله كاذبا ولنا ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر التي لا كفارة فيها الشرك بالله وعقوق الوالدين والفرار من الزحف وقتل نفس بغير حق واليمين الفاجرة يقتطع بها مال امرئ مسلم وفي رواية الغموس وفي رواية اليمين الغموس تدع الديار بلاقع رواه ابن شاهين وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر التي لا كفارة فيهن وقولهما كنا اشارة الى جميع الصحابة وهذا حكاية الاجماع (و) حلفه (على) أمر (آت) في المستقبل (منعقد) سواء كان في الفعل كقوله والله لاعطين زيدا درهما أو في الترك كقوله والله لا أكلم زيدا فبره في الفعل أن يفعل مرة وفي الترك أن يترك أبدا فمتى فعل مرة فقد حنث ويلزمه الكفارة (وفيه) أي وفي المنعقدة (الكفارة) لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد به اليمين في المستقبل بدليل قوله تعالى واحفظوا أيمانكم فلا يتصور الحفظ عن الحنث والهتك الا في المستقبل وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا تجب الكفارة الا فيه ولا تجب في الغموس كما ذكرنا مع الخلاف فيه وعن هذا يسقط كلام الشارح ولا معنى لقوله فقط لان في اليمين المنعقدة اثما أيضا وقوله (ولو) كان الحالف في المنعقد (مكرها أو ناسيا) واصل بما قبله لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين قال الشارح والمراد

بالناسي المخطئ كما اذا أراد أن يقول اسقني الماء فقال والله لا أشرب الماء وذكر في الكافي انه
المذهول عن التلفظ به بأن قيل له ألا تأتينا فقال بلى والله غير قاصد لليمين وانما الجأنا الى هذا
التأويل لان حقيقة النسيان في اليمين لا تتصور قلت لا ضرورة الى هذا التأويل الذي يلزم منه
الالجاء بل صورة الناسي ان يحلف أن لا يحلف ثم نسي الحلف السابق فحلف فهذا لا يمنع انعقاد
اليمين الثانية فهذه اليمين محلوف عليها بالنسبة الى اليمين الاولى وهي في ذاتها يمين وبمجرد اليمين
الثانية صار حانثا في الاولى ثم اذا باشر المحلوف عليه في اليمين الثانية يحنث ثانية فيجب عليه كفارة
أخرى وعند الشافعي لا تنعقد يمينه خاطئا ومكرها (أو حنث كذلك) أي مكرها أو ناسيا بان فعل
المحلوف عليه بالاكراه أو النسيان أو بالخطأ فانه يحنث وعند الشافعي في الاصح وأحمد في رواية
لا يحنث وكذا يحنث لو فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة (واليمين) يكون
(بالله) وبغيره من أسمائه عز وجل لقوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت
متفق عليه (و) يكون أيضا بصفة من صفاته عزت قدرته مثل (الرحمن والرحيم وعزته وجلاله
وكبريائه) ولا يحتاج فيه الى النية وقيل كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالله والرحمن فهو يمين
مطلقا وما يسمى به غير الله كالرحيم والحكيم والعليم والقادر فان أراد به الله كان يمينا والا فلا
وهذا ليس بصحيح لان اليمين بغير الله منهي عنه لما روينا وأما اذا حلف بصفاته كعزته وجلاله
ونحوهما فان كان متعارفا بأن كان يحلف به عادة يكون يمينا والا فلا وقيل ان حلف بصفات
الذات يكون يمينا وان حلف بصفات الفعل لا يكون يمينا والصحيح الاول لان صفات الله تعالى
كلها صفات الذات وكلها قديمة ولا يصح الافتراق (و) اليمين يكون أيضا بقوله (أقسم وأحلف
وأشهد وان لم يقل) الحالف (بالله) أقسم أو بالله أحلف أو بالله أشهد لقوله تعالى يحلفون لكم
أخبر عنهم أنهم قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة وقال زفر لا تكون هذه
الالفاظ يمينا ما لم يقل بالله وعند الشافعي ان نوى ينعقد والا لا (و) اليمين يكون أيضا بقوله
(لعمر الله) لافعلن كذا لان عمر الله بقاؤه فكان صفة له (و) كذا بقوله (ايم الله) لافعلن كذا
لان معناه ويمين الله واختلف فيه فقال الكوفيون أصله ايمن جمع يمين فحذفت الهمزة والنون
تخفيفا فقيل أيم الله بفتح الهمزة وكسرها وربما حذفوا الياء أيضا فقالوا أم الله وربما أبقوا الميم
وحدها مضمومة ومكسورة فقالوا م الله وربما قالوا من الله بتثليث الميم فالجمع تسعة أوجه
وقال البصريون ليست هذه جمعا والهمزة للوصل (و) كذا بقوله (عهد الله) لافعلن كذا
لان العهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الأيمان بعد
توكيدها (و) كذا بقوله (ميثاقه) أي ميثاق الله لافعلن لانه بمعنى العهد وعند الشافعي
لا ينعقد فيهما الا بالنية (و) كذا بقوله (علي نذر) لافعلن كذا (و) كذا بقوله (نذر الله) لافعلن
لانه بدون تسمية شيء يوجب الكفارة لقوله عليه السلام كفارة النذر اذا لم يسم كفارة يمين رواه
ابن ماجه والترمذي وصححه ثم لا يخلو اما أن يكون النذر مطلقا أو معلقا بشرط وكل واحد منهما
اما بتسمية شيء أو لا فان لم يسم شيئا يجب عليه كفارة اليمين سواء كان مطلقا أو معلقا لكن
في المطلق في الحال وفي المعلق عند الشرط وان سمى شيئا ففي المطلق يجب الوفاء به وكذا في المعلق
ان كان التعليق بشرط يراد كونه وان كان لا يراد كونه قيل يجب عليه الوفاء بالنذر وقيل يجزيه

كفارة اليمين ان شاء وان شاء أوفى بالمنذور وهو الصحيح رجع اليه أبو حنيفة قبل موته بثلاثة أيام وقيل بسبعة وكذا لو قال على يمين يجب عليه كفارة لان معناه على موجب اليمين (و) كذا بقوله (ان فعل كذا فهو كافر) أو يهودى أو نصرانى أو برىء من الله يكون يمينا وتجب الكفارة عند الحنث لان حرمة الكفر كحرمة هتك الاسم وقال الشافعى لايكون يمينا لانه حلف بغير الله وبه قال مالك فى قوله كافر وعن أبى حنيفة يمين اذا قال ان فعل كذا فهو يعبد الصليب أو الوثن ثم فى قوله ان فعل كذا فهو كافر ان كان قال ذلك لشىء قد فعله فى الماضى فان كان صادقا فلاشىء عليه وكذا ان كان يعلم أنه صادق عنده وان كان يعلم أنه كاذب يكفر عند محمد بن مقاتل وعن أبى يوسف لايكفر والصحيح انه ان كان عالما أنه يمين لايكفر فى الماضى ولا فى المستقبل وان كان جاهلا أو عنده أنه يكفر بالحلف فى الغموس أو بمباشرته الشرط فى المستقبل يكفر فيهما لانه لما أقدم عليه وعنده أنه يكفر فقد رضى بالكفر ولو قال ان فعل كذا فهو زان أو شارب خمر لايكون يمينا بالاجماع (لا) يكون يمينا بقوله (بعلم الله) لافعلن كذا لان العلم يراد به المعلوم (و) لا بقوله (غضبه) أى غضب الله لافعلن كذا (وسخطه) لافعلن كذا (ورحمته) لافعلن كذا لانه لا أثر للتعليق فى وجود هذه الافعال فان وجودها بأسباب أخرى (و) لا بقوله و (النبى) لافعلن كذا (و) لا بقوله (والقرآن) لافعلن كذا (و) لا بقوله و (الكعبة) لافعلن كذا لما روينا وعند الثلاثة بالقرآن وكلام الله والمصحف يمين وعند أحمد بالنبى أيضا ولو قال ان فعلت كذا فأنا برىء من النبى أو من القرآن أو من كلام الله القديم أو من كلام الله القائم بذاته ينعقد اليمين بالاجماع وعندى لو حلف بالمصحف أو وضع يده عليه وقال وحق هذا فهو يمين ولاسيما فى هذا الزمان الذى كثرت فيه الايمان الفاجرة ورغبت العوام فى الحلف بالمصحف وفى فتاوى الولوالجى رجل وضع كتابا من كتب الفقه أو دفتر حساب فيها مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم فقال أنا برىء مما فيه ان دخلت الدار فدخل يلزمه كفارة لانه يمين بالله تعالى وفى النوازل ان قال والكتب الاربعة فليس هذا بيمين وان قال أنا برىء من الكتب الاربعة فعليه كفارة يمين واحدة وان قال أنا برىء من التوراة وبرىء من الانجيل وبرىء من الزبور وبرىء من الفرقان وجبت عليه أربع كفارات وفى الخلاصة لو قال بحرمة شهد الله ولا اله الا الله لايكون يمينا (و) لا بقوله و (حق الله) لافعلن كذا عندهما لانه يحتمل الحقوق التى على العباد نحو الصلاة والزكاة وقال أبو يوسف يمين لان حق الله تعالى حقيقته وبه قالت الثلاثة وهو المختار عندى واليمين بوجه الله ليس بيمين عند أبى حنيفة خلافا لابى يوسف (و) لا بقوله (ان فعلته) أى الشىء الفلانى (فعلى غضبه) أى غضب الله (و) لا بقوله ان فعلته فعلى (سخطه) لانه يراد به أثره وهو النار (أو) قال ان فعلته (فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) لعدم التعارف بالحلف بها بخلاف قوله هو كافر لان العادة جارية به (وحروفه) أى حروف القسم (الباء) كقوله بالله لافعلن وهى الاصل فى الباب تدخل على الظاهر والمضمر كقوله بالله وبه ويجوز اظهار الفعل معها تقول حلفت بالله (والواو) كقوله والله لافعلن وهو بدل عن الباء تدخل على المظهر كقوله والله والرحمن ولاتدخل على المضمر لايقال وك ولاوه مثل مايقال بك وبه ولايجوز اظهار الفعل معها لايقال احلف والله كما يقال احلف بالله (والتاء) كقوله تالله لافعلن وهو بدل من

الواو فلا تدخل الا على لفظة الله خاصة فلا يقال تالرحمن ولا تالرحيم وجاء ترب الكعبة وهو شاذ ولا يجوز اظهار الفعل معها الا يقال احلف تالله ولا أقسم تالله وله حروف أخر وهى لام القسم وحرف التنبيه وهمزة الاستفهام وقطع ألف الوصل والميم المكسورة والمضمومة كقوله لله وها الله واالله وألله وم الله ومن الله (وقد تضمر) حروف القسم كقوله الله لأفعلنّ كذا لانّ حذف الحرف متعارف بينهم اختصارا ثم اذا حذف ولم يعوض منه ها التنبيه ولا همزة الاستفهام ولا قطع ألف الوصل لم يجز الخفض الا فى اسم الله بل ينصب باضمار فعل أو يرفع على أنه خبر مبتدا مضمر الا فى اسمين فانه التزم فيهما الرفع وهما أيمن الله واعمر الله (وكفارته) أى كفارة اليمين (تحرير رقبة أو اطعام عشرة مساكين) لكل واحد منهم نصف صاع من حنطة أو دقيق أو سويق أو صاع من تمر أو شعير وان دعا عشرة مساكين فغداهم وعشاهم أجزأه وكذلك ان أطعمهم خبزا ليس معه ادام وان أداهم قيمة الطعام أجزأه وكذلك ان غداهم وأعطاهم قيمة العشاء وان غداهم وعشاهم وفيهم صبى فطيم أو فوق ذلك لم يجز وعليه اطعام مسكين واحد كذا ذكره الحاكم وغيره (كهما) أى كتحرير رقبة واطعام عشرة مساكين (فى الظهار) وقد مرّ بيانه هنالك مفصلا (أو كسوتهم) أى أو كسوة عشرة مساكين (بما) أى بثوب (يستر عامة البدن) وهذا أدناه عندهما وعند محمد أدناه ما تجوز به الصلاة حتى تجوز السراويل عنده لانه لابس شرعا وعنه أنه لا يجوز ان أعطى المرأة ذلك القدر والصحيح الاول وفى الغاية اذا اختار المكفر الكسوة كسا عشرة مساكين لكل مسكين ثوب ازار أو رداء أو قميص أو قباء أو كساء أو جبة أو ملحفة لان لابس هذه الاشياء يسمى مكتسيا وفى السراويل اختلاف الرواية قال فى نوادر هشام لا يجوز وفى نوادر ابن سماعة يجوز كذا فى الاجناس وقال الكرخى فى مختصره لا يجوز فى ذلك العمامة ولا القلنسوة ولا السراويل وذكر ابن شجاع فى كتاب الكفارات فى تصنيفه قال أبو حنيفة ان كانت العمامة قدرها قدر الازار السابغ أو ما يقطع منها قميصا يجزئ والا لم يجزه عن الكسوة وهذا كله اذا كسا رجلا فأمّا اذا كسا امرأة قال الطحاوى يزيد فيه الخمار لانّ رأسها عورة لا تجوز الصلاة اذا كانت مكشوفة (فان عجز) الحانث (عن أحدها) أى عن أحد الاشياء الثلاثة وهى تحرير الرقبة واطعام عشرة مساكين وكسوتهم (صام ثلاثة أيام متتابعة) لقوله تعالى فصيام ثلاثة أيام وقال الشافعى التتابع ليس بشرط لاطلاق النص وبه قال مالك وأحمد ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهى كالخبر المشهور الذى يزاد بمثله على الكتاب ثم الفقر واليسار يعتبر وقت التكفير عندنا وعند الشافعى عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم أعسر جاز التكفير بالصوم عندنا وبعكسه لا وعنده على العكس (ولا يكفر) الحالف (قبل الحنث) وقال الشافعى يجوز التكفير بالمال لقوله عليه السلام اذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير رواه أبو داود والنسائى وهذا صريح فى جواز تقديم الكفارة لانّ كلمة ثم للترتيب وبه قال أحمد ومالك فى رواية ولنا أنّ الكفارة استر الجناية ولا جناية قبل الحنث فلا يجوز وتاويل الحديث ان صح أنّ كلمة ثم فيه بمعنى الواو ولهذا لا يجب التكفير قبل الحنث ولو كان كما قاله لوجب التكفير أو لا ثم الحنث بعده مفصولا للامر به فان قلت ما الدليل على

جواز مجيء ثم بمعنى الواو وقلت قد جاء في قوله تعالى أو مسكينا ذا متربة ثم كان من الذين آمنوا تقديره وكان قبل ذلك لان الاعمال الصالحة قبل الايمان لا يعتد بها (ومن حلف على معصية) بان حلف ليشربن الخمر أو ليهجرن أباه (ينبغي أن يحنث) أي يجب عليه أن لا يباشر ان كان يمينه في الفعل وأن يباشر ان كان في ترك الفعل كقوله لا يصلي أو لا يصوم رمضان لقوله عليه السلام لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا في معصية ولا في قطيعة رحم رواه أبو داود والنسائي وهو محمول على نفي الوفاء بالمحلوف عليه (و يكفر) لوجود الحنث (ولا كفارة على كافر) في يمينه (وان حنث) حال كونه (مسلما) وقال الشافعي عليه الكفارة بالمال دون الصوم لانها مؤاخذة وجبت لما تحقق من الهتك والكافر أهل للمؤاخذات وبه قال أحمد ولنا انها قربة وهو ليس بأهل للقربات (ومن حرم ملكه) أي حرم على نفسه شيأ مما يملكه بأن قال مالي على حرام أو ثوبي هذا أو جاريتي فلانة أو ركوب هذه الدابة وكذا لو قال ملك فلان أو ماله على حرام يكون يمينا فعن هذا عرفت أن قوله (ومن حرم ملكه) ليس بقيد بل وقع اتفاقا (لم يحرم) عليه لانه قلب المشروع ولا قدرة له على ذلك (وان استباحه) أي وان أقدم على ما حرمه بأن أراد أن يجعله مباحا لنفسه كما كان (كفر) لانه انعقد به يمينا فصار حراما لغيره وقال الشافعي لا كفارة عليه لانه قلب الموضوع فلا ينعقد به اليمين الا في النساء والجواري ولو قال (كل حل على حرام) فهو واقع (على الطعام والشراب) للعرف الا أن ينوي غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ من يمينه وهو قول زفر لان كلمة كل للعموم وقد باشر فعلا مباحا كما فرغ عن يمينه وهو التنفس ونحوه وجه الاستحسان ان المقصود هو البر ولا يحصل ذلك مع اعتبار العموم فيسقط اعتباره فاذا سقط ينصرف الى الطعام والشراب للتعارف ولا يتناول المرأة الا بالنية فاذا نواها كان ايلاء هذا كله ظاهر الرواية (والفتوى) اليوم (على انه تبين امرأته بلا نية) لغلبة الاستعمال فيه وان لم يكن له امرأة ذكر في النوازل أنه يجب عليه الكفارة وفي الفتاوى الصغرى اختلف المشايخ في قوله حلال الله على حرام واختار الفقيه أبو الليث انه ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف وفي فتاوى النسفي حلال المسلمين على حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف وفي الكافي للحاكم الشهيد اذا قال كل حل على حرام سئل عن نيته فان نوى يمينا فهي يمين وكفرها ولا تدخل امرأته في ذلك الا أن ينويها فاذا نواها دخلت فيه فاذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث وسقط عنه الايلاء وان لم يكن له نية فهي يمين يكفرها لا تدخل امرأته فيها فان نوى فيه الطلاق فالقول فيه كالقول في الحرام يصح مانوى وان نوى الكذب فهو كذب وفي الغاية اذا نوى امرأته كان ايلاء فان جامعها في المدة كفر عن يمينه وان لم يقربها حتى مضت مدة الايلاء بانت بالايلاء ولكن مع ارادة الايلاء لا يصرف اليمين عن الطعام والشراب حتى اذا أكل أو شرب حنث كما اذا قرب (ومن نذر نذرا مطلقا) يعني غير معلق بشرط كما اذا قال لله على صوم سنة بدون التعليق بشيء (أو) نذر نذرا (معلقا) بشرط كقوله ان شفى الله مريضي فلله على كذا (ووجد) الشرط (وفى به) أي بالمنذور وهذا اذا سمى شيأ وان لم يسم فعليه كفارة يمين في الوجهين لكن يجب في الحال في المطلق وعند وجود الشرط في المعلق وقد مر مرة مفصلا (ولو وصل بحلفه) أي بيمينه قوله (ان شاء الله بر) في يمينه يعني لا حنث عليه لقوله عليه السلام

من

من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة وشرط أن يكون موصولا لانه بعد الانفصال رجوع ولا رجوع فى الايمان وعن ابن عباس يجوز الاستثناء المنفصل وقد مر مستوفى وعند مالك لا عمل للاستثناء بل يلزمه حكم اليمين وغيره لان الامور كلها بمشيئة الله والحجة عليه ما روينا والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (اليمين فى الدخول والسكنى والخروج والاتيان وغير ذلك)

الايمان عندنا مبنية على العرف وعند الشافعى وأحمد على الحقيقة وعند مالك على معانى كلام القرآن (حلف) شخص (لا يدخل بيتا لا يحنث بدخول الكعبة والمسجد والبيعة) بكسر الباء الموحدة متعبد اليهود (والكنيسة) متعبد النصارى (والدهليز) بكسر الدال (والظلة) وهى الساباط التى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وقيل هى التى أحد طرفى جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجدار المقابل وفى المغرب الظلة كل ما أظلك من بناء أو جبل أو سحاب أى سترك وألقى عليك ظله وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التى فوق الباب وفى طلبة الطلبة هى التى تظل عند باب الدار وفى الصحاح كهيئة الصفة وانما لا يحنث بالدخول فى هذه المواضع لانها ما بنيت للبيتوتة والبيت اسم لما اعد لها وقيل ان كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يكون داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وعند أحمد يحنث بدخوله الكعبة والمسجد فى لا يدخل بيتا (و) لا يحنث ايضا بدخول (الصفة) لانه لا يطلق عليها اسم البيت لانه يقال هذا صفة وليس بيت كذا فى المبسوط وقال صاحب النهاية الاصح عندى أن يحنث لان البيت اسم لشئ مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبنى للبيتوتة وهذا موجود فى الصفة الا أن مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة الا أن يكون نوى البيت دون الصفة فيدين وفى الجامع الصغير يحنث بدخول الصفة لانها تبنى للبيتوتة فيها فى الصيف قيل هذا على عرف أهل الكوفة لان صفافهم كانت ذات حوائط أربعة والظاهر من عرف ديار صاحب الكتاب انها لا تبنى على هيئة البيوت بل تبنى ذات حوائط ثلاثة فلا يكون بيتا قلت لا شك أن الصفة هى التى يكون لها ثلاثة حيطان وسقف ويبات فيها ولكن ليس عليها حزم فان أراد البيت الذى له حزم ينبغى أن لا يحنث بالصفة وان لم يكن له نية أو أراد ما يبات فيه عادة فينبغى أن يحنث والله أعلم (وفى) حلفه لا يدخل (دارا) لا يحنث (بدخولها) أى بدخول الدار حال كونها (خربة وفى) حلفه لا يدخل (هذه الدار يحنث) اذا دخلها خربة (وان بنيت أخرى بعد الانهدام) والفرق بينهما أن الدار اسم للعرصة حقيقة وعرفا والبناء فيها من التوابع والاوصاف الا أن الوصف فى الغائب معتبر وفى الحاضر لغو فكأنه قال لا أدخل هذه العرصة المبنية فيلغو الوصف مع الاشارة اذ الوصف للتعريف والاشارة أبلغ فيه (وان جعلت) الدار فى قوله لا يدخل هذه الدار ثم خربت (بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا لا) يحنث بدخوله فيه لزوال الاسم بخلاف ما لو جعلت دارا لان الاسم كان باقيا وهى صحراء حتى يحنث بالدخول فيها ومثل هذا بقوله (كهذا البيت) أى كما لا يحنث فى حلفه لا يدخل هذا البيت (فهدم) ثم دخله (أو بنى) فى موضعه بيت (آخر) فدخله لما قلنا ان البيت اسم لما يبات فيه وبعد الانهدام زال الاسم حتى لو سقط السقف وبقيت الحيطان فدخله يحنث لان السقف وصف

فيه كالبناء فى الدار وأما اذا بنى بيت آخر فلما قلنا ان الوصف فى الحاضر لغو مع الاشارة (والواقف على السطح داخل) حتى لو حلف لايدخل دار فلان فوقف على سطحها يحنث لان السطح من الدار ألاترى أن لسطح المسجد حكم المسجد حتى لايبطل الاعتكاف بالصعود عليه ولايجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولايجوز التخلى فيه والمختار أن لايحنث فى العجم لان الواقف على السطح لايسمى داخلا عندهم وعلى هذا الورقى على شجرة فى الدار أو على حائط الدار لايحنث عندهم (و) الواقف (فى طاق الباب لا) أى ليس بداخل حتى لو حلف لايدخل هذه الدار أو هذا البيت فوقف على طاق الباب لايحنث هذا اذا كان بحيث لو أغلق الباب كان خارجا ولو دخل كنيفها وهو شارع الى الطريق ومفتحه من داخل حنث لانه من توابع الدار (ودوام اللبس والركوب والسكنى كالانشاء) أى كاحداث هذه الاشياء حتى لو حلف لايلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لايركب هذه الدابة وهو راكبها أو لايسكن هذه الدار وهو ساكنها واستمر على ما كان يحنث لان لهذه الافعال دواما بحدوث أمثالها ألاترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لايقال دخلت يوما بمعنى التوقيت فدل على أن للدوام حكم الابتداء ولو نزع الثوب للحال أو نزل عن الدابة أو انتقل للحال لايحنث خلافا لزفر (لادوام الدخول) كالانشاء لما ذكرنا حتى لو حلف لايدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج منها ثم يرجع فيدخلها وعن بعض الشافعية يحنث وهو القياس ولو حلف (لايسكن هذه الدار أو) حلف لايسكن هذا (البيت أو) حلف لايسكن هذه (المحلة فخرج) بنفسه (وبقى متاعه واهله) فيها (حنث) لان يمينه انعقدت على السكنى وهو يكون بنفسه وعياله ومتاعه فما لم يخرج الكل فهو ساكن عرفا وعند الشافعى لايحنث لو خرج بنية الانتقال وعن مالك لو أقام يوما وليلة حنث وفى الاقل لا وعنه يعتبر نقل عياله فقط وفى المصر والقرى لايحنث بالاجماع ثم قال أبو حنيفة فى هذه المسئلة يحنث ان لم ينقل متاعه كله بحيث لو بقى منه وتد وقال أبو يوسف يعتبر بقاء الاكثر وقال محمد المعتبر فى ذلك نقل ما يقوم به ضروراته وهذا أرفق بالناس وعليه الفتوى ولو أبت المرأة أن تنتقل وغلبته وخرج هو ولم يرد العود اليه أو منع هو من الخروج أو منع متاعه فتركه أو وجد باب الدار مغلقا فلم يقدر على فتحه ولا على الخروج منه لم يحنث بخلاف ما اذا قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج أو قال لامرأته ان لم تجيئى الليلة الى البيت فأنت طالق فمنعها والدها حيث تطلق فيهما فى الصحيح ولو كانت اليمين فى جوف الليل فلم يمكنه الخروج حتى أصبح لم يحنث ولو اشتغل بطلب دار أخرى لينقل اليها المتاع فلم يجد أياما لم يحنث وكذا لو كان له أمتعة كثيرة فاشتغل بنقلها بنفسه وهو يمكنه أن يستكرى دابة فلم يستكر لم يحنث هذا اذا كان الحالف ذا عيال منفردا بالسكنى وأما اذا كان ساكنا فى عيال غيره كالابن فى بيت أبيه أو بالعكس أو الزوجة فى بيت الزوج لم يحنث بترك المتاع (بخلاف المصر) أى بخلاف ما اذا حلف لايسكن هذا المصر فخرج بنفسه وترك متاعه وأهله فيه لم يحنث لما ذكرنا والقرية كالمصر فى الصحيح ولو حلف (لايخرج) من البيت أو المسجد مثلا (فأخرج) حال كونه (محمولا بأمره حنث) لانعقاد اليمين على فعل نفسه وفعل المأمور مضاف اليه بواسطة أمره فانتقل اليه حكما (و) ان أخرج لا بأمره ولكن أخرج (برضاه أو) أخرج حال كونه (مكرها

لا)

لا) يحنث أما فى الاول فلان انتقال الفعل الى غير الفاعل حقيقة بواسطة الامر لا بمجرد الرضا وعن مالك لو لم يستصعب على الحامل حنث وأما فى الثانى فلعدم فعله حقيقة وهو ظاهر وحكما لعدم الامر منه ثم شبه عدم الحنث فى هذا بعدم الحنث فى مسئلة أخرى بقوله (كلا يخرج) أى كما لا يحنث فى قوله لا يخرج (الا الى جنازة فخرج اليها) أى الى الجنازة (ثم أتى حاجة) أخرى لان الموجود هو الخروج المستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف (لا يخرج او) حلف (لا يذهب الى مكة فخرج يريدها) اى مكة (ثم رجع) قبل الوصول اليها (حنث) لان الخروج انفصال عن الداخل الى الخارج عرفا والذهاب كالخروج فى الصحيح وقال نصر بن يحيى هو كالاتيان حتى لا يحنث ما لم يدخلها ويشترط للحنث ان يجاوز عمران مصره على قصد الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز العمران لا يحنث بخلاف الخروج الى الجنازة حيث يحنث فيه بمجرد الخروج من بيته لان الخروج الى مكة سفر ولا سفر قبل مجاوزة العمران ولا كذلك الخروج الى جنازة (وفى) قوله (لا يأتيها) أى لا يأتى مكة (لا) يحنث بالخروج وانما يحنث بالوصول لانه عبارة عنه ولا تشترط النية عند الانفصال للحنث فى الاتيان بل اذا وصل يحنث نوى او لم ينو بخلاف الخروج والذهاب لانه متنوع ولو حلف (ليأتينه) اى زيدا مثلا او البصرة ونحوها (فلم يأته حتى مات حنث فى آخر) جزء من اجزاء (حياته) لان شرط الحنث فوت الاتيان وهو لا يتحقق الا بما ذكرنا لان البر مرجو ما دام حيا ولو حلف (ليأتينه ان استطاع فهى) اى الاستطاعة (استطاعة الصحة) لانها فى العرف سلامة الاسباب والآلات وارتفاع الموانع الحسية فعند الاطلاق ينصرف اليه (ولو نوى القدرة دين) اى صدق فيما بينه وبين الله تعالى وفى رواية يصدق قضاء أيضا وهى الحقيقة التى يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل مقارنة له عند أهل السنة والجماعة ولو حلف (لا تخرج) امرأته (الا باذنى شرط لكل خروج اذن) حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بغير اذنه مرة اخرى يحنث لانه استثنى خروجا ملصقا بالاذن لان الباء للالصاق فكل خروج لا يكون كذلك كان داخلا فى اليمين وصار شرطا للحنث والحيلة فى ذلك أن يقول لها كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبى يوسف خلافا لمحمد (بخلاف الا أن) أى بخلاف ما اذا قال الا ان آذن لك (و) بخلاف قوله (حتى) آذن لك فانه بالاذن مرة ينتهى اليمين حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه لا يحنث لان كلمة حتى للغاية فينتهى اليمين بها وكلمة أن محمولة عليها فان قلت يرد عليه قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبى الا أن يؤذن لكم فتكرار الاذن شرط لجواز الدخول قلت تكرار الاذن فيه عرف بدليل آخر من خارج وهو أن دخول دار انسان بغير اذنه حرام ولو نوى التعدد بقوله الا أن آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه والرضا والامر كالاذن فيما ذكرنا (ولو أرادت) المرأة (الخروج) من البيت (فقال الزوج ان خرجت) فانت طالق (أو) أراد رجل (ضرب العبد فقال) الآخر (ان ضربت) أى العبد فهو حر (تقيد حلفه به) أى بذلك الخروج وبذلك الضرب حتى لو قعدت المرأة ثم خرجت أو ترك ضرب عبده ثم ضربه بعد ذلك لم يحنث لان المطلق يتقيد بالحال (كاجلس) أى كما يتقيد فى قوله اجلس (فتغد عندى فقال) المخاطب (ان تغديت) فعبدى حر يحنث بالغداء المدعو اليه حتى لو رجع الى بيته فتغدى لم يحنث لما ذكرنا (ومن كب عبده)

أى عبد شخص (كمركبه) أى كمركب الشخص ويتناوله اللفظ ويدخل فيه (ان نوى و) الحال انه (لادين به) أى بالعبد ولو قال عليه كان أولى صورته قال ان ركبت دابة فلان فعبدى حر ولم ينو دابة العبد فركبها لم يعتق وان نواها فان كان عليه دين مستغرق فكذلك وان لم يكن عليه دين أو كان عليه دين ولم يكن مستغرقا فان نوى حنث والا فلا وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف يحنث فى الوجوه كلها اذا نوى لان الملك للمولى لكن الاضافة اليه فلابد من النية وقال محمد يحنث فى الوجوه كلها نوى أو لم ينو اعتبارا للحقيقة وبه قالت الثلاثة وله انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يملك المولى ما فى يده حتى لا يعتق بعتقه فلا يدخل تحت اليمين نوى أو لم ينو وان لم يكن دينا مستغرقا يملك ما فى يده لكنه يضاف الى العبد عرفا وشرعا فتختل الاضافة اليه فلا يدخل الا بالنية

* هذا (باب) فى بيان أحكام (اليمين فى الاكل والشرب واللبس والكلام) *

الاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ والهشم الى الجوف ممضوغا كان أو غير ممضوغ والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه الهشم الى الجوف والذوق ايصال الشئ الى فيه لاستبانة طعمه حتى لو حلف لا يأكل هذا اللبن أو هذا السويق فشربه لا يحنث وكذا بالعكس بان حلف لا يشرب هذا اللبن فثرد فيه فأكله لا يحنث لان هذا ليس بشرب والاول ليس بأكل ولو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فمصه فابتلع ماءه ورمى ثفله لم يحنث لان هذا المص نوع ثالث ليس بأكل ولا شرب وقيل الاكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة عن عمل اللهاة خاصة ولو حلف (لا يأكل من هذه النخلة حنث بثمرها) أى بأكل ثمرها لانصراف يمينه اليه مجازا بالاجماع فيحنث بجميع ما يخرج منها من جمار أو بسر أو رطب أو طلع أو دبس يخرج من ثمرها وكذا اذا قال من هذا الكرم ينصرف الى ما يخرج منه من عنب وحصرم وشرطه أن لا يتغير بصنعة حادثة حتى لا يحنث بالنبيذ والناطف والدبس والمطبوخ والخل لان هذا مضاف الى فعل حادث بخلاف ما اذا حلف لا يأكل من هذه الشاة حيث يحنث باللحم خاصة ولا يحنث باللبن والزبد لانها ماكولة فينعقد اليمين عليها ولو لم يكن للشجرة ثمر كالصفصاف ونحوه ينصرف اليمين الى ثمنها وفى فتاوى الولوالجى وان أكل من عين النخلة لا يحنث وان نواها لان الحقيقة مهجورة بدلالة محل الكلام (ولو عين البسر) بأن حلف لا يأكل هذا البسر (والرطب) بأن حلف لا يأكل هذا الرطب (واللبن) بأن حلف لا يأكل هذا اللبن (لا يحنث برطبه) أى بأكل رطب البسر يعنى بعد ما صار البسر رطبا (و) لا يحنث أيضا بأكل (تمره) أى تمر الرطب يعنى بعد ما صار الرطب تمرا (و) لا يحنث أيضا بأكل (شيرازه) أى شيراز اللبن بعد ما صار اللبن شيرازا وهو اللبن الرائب اذا استخرج منه ماؤه حتى صار صقراطا كالفالوج الخاثر والصقراط معرب جفرات وذلك لان صفة البسورة والرطوبة وصفة اللبنية داعية الى اليمين فتتقيد به (بخلاف) ما اذا حلف لا يكلم (هذا الصبى وهذا الشاب) فكلمهما بعد ما شاخا حنث لالغاء الشرع هذا الداعى فى الوصف وعند الثلاثة لا يحنث فى هذا أيضا (و) بخلاف ما اذا حلف لا يأكل (هذا الحمل) فأكله بعد ما صار كبشا لانه ليس فيه صفة داعية الى اليمين فيحنث وعند الثلاثة لا يحنث أيضا ولو حلف (لا يأكل بسرا) من غير تعيين (فأكل رطبا لم يحنث)

لانه

لانه لم يأكل المحلوف عليه (وفى) حلفه (لا يأكل رطبا أو) حلف لا يأكل (بسرا أو لا يأكل رطبا ولا بسرا حنث بالمذنب) أى حنث بأكل المذنب بكسر النون وهو الذى فى ذنبه قليل بسر أو قليل رطب وهذا عندهما لانه أكل ما حلف عليه وغيره فيحنث به وقال أبو يوسف لا يحنث لان الاسم يقع على الغالب فلا يحنث بالمغلوب وبه قالت الثلاثة وجعل فى الهداية قول محمد مع أبى يوسف وذكره فى المبسوط والايضاح والاسرار وشروح الجامع الكبير والصغير والمنظومة مع أبى حنيفة (ولا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب فى) حلفه (لا يشترى رطبا) لان القليل تابع للكثير والكباسة بكسر الكاف وهى العرجون ويسمى العنقود أيضا وبالفارسية خوشة (و) لا يحنث (بسمك) أى بأكل سمك (فى) حلفه (لا يأكل لحما) لاجل العرف حتى لو وكل رجلا بشراء لحم فاشترى لحم سمك لا يلزمه والقياس ان يحنث وهو قول الشافعى ومالك وأحمد وفى المجمع وهو قول أبى يوسف أيضا (ولحم الخنزير) كلام اضافى مبتدأ (والانسان) بالجر عطف على الخنزير أى ولحم الانسان (والكبد والكرش) مرفوعان عطفا على اللحم وقوله (لحم) خبر المبتدا فاذا كانت هذه الاشياء لحما يحنث بأكلها فى يمينه لا يأكل لحما الا أن لحم الخنزير والآدمى حرام واليمين قد ينعقد لمنع النفس عن الحرام كما اذا حلف لا يزنى أو لا يكذب يصح يمينه ولو حلف لا يشرب شرابا يدخل فيه الخمر حتى تلزمه الكفارة بشربها لكونها شرابا حقيقة وعن بعض الاصحاب لا يحنث بأكل لحم الخنزير والآدمى ذكره العتابى وبه قال بعض المالكية وعند الشافعى وأحمد لا يحنث فى كبد وكرش وكذا الرئة والطحال عندنا خلافا لهما فى الرئة وفى المحيط لا يحنث بأكل الكبد والكرش فى عرفنا ويحنث عند أهل الكوفة (و) لا يحنث أيضا (بشحم) أى بأكل شحم (الظهر) وشرائه وبيعه (فى) حلفه (لا يأكل شحما) أو لا يشتريه أو لا يبيعه وانما يحنث بشحم البطن خاصة هذا عند أبى حنيفة وقالا يحنث بشحم الظهر أيضا وبه قال الشافعى فى وجه وأحمد فى رواية لقوله تعالى الا ما حملت ظهورهما والاصل فى الاستثناء ان يكون من الجنس لانه الحقيقة وله ان شحم الظهر هو اللحم السمين وما ذكر فى النص استثناء منقطع وذكر الطحاوى قول محمد مع أبى حنيفة وقيل هذا اذا حلف بالعربية وأما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر اصلا (و) لا يحنث أيضا (بألية) أى بأكل ألية أو شرائها (فى) حلفه لا يأكل (لحما أو شحما) أو لا يشترى شحما أو لحما لانه نوع ثالث فلا يتناولها اللفظ معنى ولا عرفا وعند احمد وبعض الشافعية يحنث فى لا يأكل لحما شحما او لا يشتريه (و) لا يحنث ايضا (بالخبز) اى بأكل الخبز (فى) حلفه لا يأكل من (هذا البر) وكذا اذا أكل من سويقه عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف يحنث بأكل الخبز منه لا بالسويق وبه قالت الثلاثة وقال محمد يحنث فيهما وان قضمه حنث بالاجماع ووضع المسئلة فى المعين لانه لو كان منكرا ذكر شيخ الاسلام انه ينبغى أن يكون جواب أبى حنيفة كجوابهما والخلاف فيما اذا لم تكن له نية وأما اذا نوى فهو كما نوى بالاجماع لانه نوى حقيقة كلامه أو محتمله وهو المجاز والاصل فى هذه المسئلة أن الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما على العكس (وفى) حلفه لا يأكل من (هذا الدقيق حنث بخبزه) أى بأكل خبزه لان عينه لا تؤكل فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه (لا) يحنث (بسفه) أى بسف الدقيق لما ذكرنا وعند الشافعى ومالك يحنث بسفه أيضا (والخبز ما اعتاده) أهل (بلده) أى بلد الحالف حتى لو حلف فى مصر أو الشام أن لا يأكل

الخبز ينصرف الى خبز البر وبطبرستان ينصرف الى خبز الارز وفى زبيد ينصرف الى خبز الذرة والدخن ولو أكل الحالف خلاف ما عندهم من الخبز لا يحنث وكذا اذا أكل خبز القطائف الا أن ينويه لانه لا يسمى خبزا مطلقا وعند الشافعى ومالك يحنث بأى خبز كان (والشواء والطبيخ) يطلقان (على اللحم) حتى لو حلف لا يأكل شواء أو طبيخا يحنث بأكل اللحم المشوى وما طبخ من اللحم دون الباذنجان والجزر المشويين وعند الشافعى ومالك يقع على كل شواء بلا نية واذا أكل القلية اليابسة لا يحنث لانه لا يسمى طبيخا وان أكل الخبز بالمرقة يحنث لانه يسمى طبيخا وفيها أجزاء اللحم أيضا (والرأس ما يباع فى مصره) أى فى مصر الحالف حتى لو حلف لا يأكل رأسا فيمينه على رؤس تكبس فى التنانير وتباع فى مصره لانا نعلم انه لا يريد به رأس كل شئ فان رأس الجراد والعصفور لا يدخل تحته وكان أبو حنيفة أولا يقول يدخل فيه رأس الابل والبقر والغنم ثم رجع فقال يحنث فى رأس البقر والغنم خاصة وقالا لا يحنث الا فى رأس الغنم خاصة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وعند الشافعى يحنث برأس الابل ايضا وعند مالك يحنث بكل رأس (والفاكهة التفاح والبطيخ) بكسر الباء سواء كان أصفرا وأخضر (والمشمش) والخوخ والتين والاجاص والكمثرى والقراصيا ونحوها حتى اذا حلف لا يأكل فاكهة يحنث بكل هذه الاشياء لان الفاكهة اسم لما يتفكه به بعد الطعام وقبله أى يتنعم به وهذا المعنى ثابت فى هذه الاشياء الا البطيخ فانهم اختلفوا فيه فعن شمس الائمة السرخسى انه ليس من الفاكهة لان ما لا يكون يابسه فاكهة لا يكون رطبه فاكهة وفى المحيط اليابس من أثمار الشجر فاكهة الا البطيخ فانه لا يعتاد يابسه فاكهة فى عامة البلدان وعن الشافعى وأحمد فيه وجهان لا العنب أى ليس العنب بفاكهة وكذلك الرمان والرطب عند أبى حنيفة حتى لو حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا لا يحنث عنده وقالا يحنث لانها فاكهة لان معنى التفكه فيها موجود وبه قالت الثلاثة وله ان معنى التفكه فيها قاصر لانها صالحة للتغذى والتداوى فلا يدخل فى اسم الفاكهة المطلقة قيل هذا اختلاف زمان لا برهان والخلاف أيضا فيما اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فعلى ما نوى بالاجماع وكذا القثاء والخيار ليسا من الفاكهة لانهما من البقول تبعا لانهما يوضعان على الموائد مع البقول فلا يحنث بأكلهما وكذلك الفاقوس والعجور (والادام ما يصطبغ به) أى يختلط به الخبز وهو من الصبغ وذلك يكون بالمائع دون غيره حتى لو حلف لا يأتدم لا يحنث الا بالمائع (كالخل والملح والزيت والعسل) والدبس والملح وان كان لا يؤكل وحده عادة ولكنه يذوب فى الفم فيحصل الاختلاط بالخبز (لا اللحم) بالجر عطف على ما قبله أى ليس كاللحم والبيض والجبن بتشديد النون فانها ليست بادام عندهما لانه ماخوذ من الموادمة ومنه يقال أودم الله بينكما أى ألف وانما هو بالاختلاط ولم يوجد وعند محمد هذه ادام لانه قد يؤتدم بها عرفا وبه قالت الثلاثة وأخذ الشيخ أبو الليث به وهو رواية عن أبى يوسف أيضا فان قلت ورد فى الحديث سيد ادام أهل الجنة اللحم قلت هو فى الجنة وكلامنا فى الدنيا وانه لا يلزم من كونه سيد الادام أن يكون من الادام كما يقال الخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن هو من العجم وهذا الخلاف أيضا فيما اذا لم ينو وان نوى فعلى ما نوى اجماعا (والغداء الأكل من الفجر الى الظهر) فان حلف لا يتغدى فأكل فى هذا الوقت حنث فان أكل قبله أو بعده لا يحنث

ومقدار ما يحنث به من الاكل أن يكون أكثر من نصف الشبع لان اللقمة واللقمتين لا يسمى غداء عادة وجنس المأكول يشترط أن يكون ما يأكله أهل بلده عادة حتى لو شرب اللبن وشبع لا يحنث ان كان حضريا وان كان بدويا يحنث والتصبح من طلوع الشمس الى ارتفاع الضحى لانه من الصباح فيتقيد بهذا الوقت (والعشاء منه) أي من الظهر (الى نصف الليل) فلو حلف لا يتعشى فأكل في هذا الوقت حنث (والسحور منه) أي من نصف الليل (الى) طلوع (الفجر) فلو حلف لا يتسحر فأكل في هذا الوقت حنث لانه مأخوذ من السحر وهو ما بعد نصف الليل الى طلوع الفجر اطلاقه على ما بعد نصف الليل لقرب السحر ولو حلف وقال (ان لبست) فعبدي حر (أو) قال ان (أكلت) فعبدي حر (أو) قال ان (شربت) فعبدي حر (ونوى) شيأ (معينا) بأن قال نويت الحرير أو الخبز أو الفقاع ونحوه (لم يصدق أصلا) يعني لا قضاء ولا ديانة لان النية تعمل في الملفوظ لانها لتعيين المحتمل والطعام ونحوه غير مذكور وانما ثبت مقتضى وهو لا عموم له فلا يحتمل الخصوص وعن أبي يوسف انه يصدق ديانة وبه أخذ الخصاص والشافعي (ولو زاد) الحالف (ثوبا) بعد قوله ان لبست (أو) زاد (طعاما) بعد قوله ان أكلت (أو) زاد (شرابا) بعد قوله ان شربت (دين) يعني يصدق ديانة لانه نكرة في الشرط فتعم كما تعم في النفي لكنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي ولو حلف (لا يشرب من دجلة) فيمينه (على الكرع) وهو تناول الماء بفيه من موضعه وهذا عند أبي حنيفة لانه حقيقة مستعملة وعندهما يحنث بالشرب من مائها باناء للتعارف وبه قالت الثلاثة (بخلاف) ما لو حلف لا يشرب (من ماء دجلة) فانه يحنث بالاجماع كيفما شرب باناء أو غيره لان الشرط شرب ماء منسوب الى دجلة والغرف لا يقطع النسبة وكذا لو حلف لا يشرب من الفرات أو من ماء الفرات فعلى ما تقدم من الخلاف والوفاق ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يحنث في يمينه لا يشرب من الفرات ويحنث في يمينه لا يشرب من ماء الفرات ولو حلف لا يشرب ماء فراتا فهو على شرب ماء عذب من أي موضع كان ولو حلف لا يشرب ماء هذا الكوز فصب ماؤه في كوز آخر فشربه لم يحنث لتبدل النسبة ولو قال رجل (ان لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا) أي فامرأتي طالق أو عبدي حر (و) الحال انه (لا ماء فيه) أي في الكوز (أو كان) فيه ماء (فصب) قبل غروب الشمس (أو أطلق) اليمين أي لم يقل اليوم (و) الحال انه (لا ماء فيه) أي الكوز (لا يحنث) في هذه الصور كلها عندهما خلافا لابي يوسف وأحمد وعند الشافعي وأحمد لو تلف بلا اختياره لا يحنث والاصل في هذا وأمثاله ان كون البر متصورا شرط في انعقاد اليمين المطلقة عن الوقت وفي بقاء المقيدة بالوقت عندهما لان حكم اليمين وجوب البر فاما الكفارة فهي خلف عنه عند عجزه فاذا لم يمكن البر لعدم تصوره لا تجب الكفارة وعند أبي يوسف ليس بشرط لان اليمين قد ينعقد على ما لا يتصور عادة كقوله والله لأمسن السماء أو لأحولن هذا الحجر ذهبا ينعقد ويحنث في الحال لعدم امكان البر عادة (وان كان) الماء فيه (فصب حنث) أي في المطلق وهو ما اذا لم يقل اليوم لان اليمين انعقدت للتصور ثم يحنث بالصب لان البر يجب عليه كما فرغ فاذا صب فقد فات البر فيحنث في ذلك الوقت كما لو مات الحالف والماء باق وهذا بلا خلاف ولو حلف وقال (ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا) تنعقد يمينه وللعجز (حنث للحال) لانه متصور في الجملة وقال زفر لا ينعقد أصلا لانه مستحيل عادة فلا يحنث وبه قال الشافعي في قول

ولو حلف (لا يكلمه) أى فلانا (فناداه و) الحال انه (هو نائم فأيقظه أو) حلف لا يكلمه (الا باذنه فأذن له ولم يعلم) الحالف بالاذن (فكلمه حنث) فى الوجهين جميعا أما الاول فلانه كلمه وأسمعه فيحنث ولو لم يوقظه ذكر القدورى انه اذا كان بحيث يسمع لو لم يكن نائما يحنث والمختار الاول وقيل هو على الخلاف عند أبى حنيفة يحنث خلافا لهما وأما الثانى فلأن الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام أو من الوقوع فى الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بعد العلم وقال أبو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وأنه يتم بالآذن كالرضا وبه قال الشافعى ولو كاتبه أو أرسل اليه رسولا أو أشار اليه لا يحنث خلافا لاحمد وعن مالك فى الكتابة يحنث لا فى الرسالة وفى الاشارة عنه روايتان ولو سلم على جماعة وهو فيهم حنث لانه للجميع وان نواهم دونه دين لا قضاء ولو قال السلام عليكم الا واحدا لا يحنث ولو كان الحالف اماما لا يحنث بالتسليمتين ولو كان المؤتم هو الحالف فكذلك خلافا لمحمد ولو سبح أو فتح عليه فى الصلاة لا يحنث وفى خارجها يحنث ولو قرع الباب فقال من هذا يحنث ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أو قال لبى بلا كاف يحنث ولو كلمه بكلام لا يفهمه المحلوف عليه فيه اختلاف الروايتين ولو حلف (لا يكلمه) أى فلانا (شهرا فهو) أى ابتداء مدة اليمين (من حين حلف) لانه لو لم يذكر الشهر يتأبد اليمين فصار ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقى الذى يلى يمينه هو الداخل بدلالة الحال (ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن أو سبح) أو هلل أو كبر (لم يحنث) سواء كان فى الصلاة أو خارجها لانه لا يسمى متكلما عادة وشرعا وقال الشافعى يحنث مطلقا لوجود التكلم حقيقة ولو قال (يوم أكلم فلانا) فامرأتى طالق أو عبدى حر فهو (على الجديدين) أى على الليل والنهار لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وكذا الطلاق بخلاف الامر باليد وقد مر مستقصى (فان عنى) أى قصد وفى بعض النسخ فان نوى (النهار خاصة صدق) ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه وعن أبى يوسف لا يصدق قضاء لانه نوى خلاف المتعارف (و) لو قال (ليلة أكلمه) أى فلانا فامرأتى طالق فهو (على الليل) خاصة لان حقيقته فى سواد الليل خاصة كالنهار للبياض خاصة ولم يجعل استعماله فى مطلق الوقت بخلاف اليوم وهما ضدان ولو قال (ان كلمته) أى فلانا (الا أن يقدم زيد أو) قال ان كلمته (حتى) يقدم زيد (أو) قال ان كلمته (الا أن يأذن) زيد (أو) قال ان كلمته (حتى) يأذن زيد (فكذا) اى فامرأته طالق أو فعبده حر (فكلم) الحالف فلانا (قبل قدومه) أى قبل قدوم زيد (أو) كلمه قبل (اذنه حنث) فى الوجوه كلها لبقاء اليمين (ولو) كلمه (بعدهما) أى بعد القدوم والاذن (لا) يحنث لانتهاء اليمين (وان مات زيد) الذى قدومه شرط فى الوجه الاول والثانى واذنه شرط فى الثالث والرابع (سقط الحلف) أى اليمين لان الممنوع عنه كلام ينتهى بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت خلافا لابى يوسف لان عنده التصور ليس بشرط فعنده سقوط الغاية يتأبد اليمين ولو حلف (لا يأكل طعام فلان أو) حلف (لا يدخل داره) أى دار فلان (أو) حلف (لا يلبس ثوبه) أى ثوب فلان (أو) حلف (لا يركب دابته) أى دابة فلان (أو) حلف (لا يكلم عبده) أى عبد فلان (ان أشار) الحالف بأن قال والله لا آكل طعام فلان هذا أو لا يدخل داره هذه أو لا يلبس ثوبه هذا أو لا يركب دابته هذه أو لا يكلم عبده هذا (وزال ملكه) أى ملك فلان بان باع هذه الاشياء (و) بعد ذلك

(فعل) الحالف بان أكل ذلك الطعام او دخل تلك الدار أو لبس ذلك الثوب أو ركب تلك الدابة او كلم ذلك العبد (لا يحنث) لان للاضافة تأثيرا كما للاشارة فيعتبران و يكون شرط الحنث أكل الطعام المضاف الى فلان وكذا باقيه فلم يوجد فبطلت اليمين وعند محمد يحنث فى العبد والدار لان الاشارة معتبرة والاضافة لغو فتعلقت اليمين بالعين وبه قال زفر والثلاثة (كما) لا يحنث (فى المتجدد) أى بالمستحدث من الطعام والدار والثوب والدابة والعبد فى هذه الصور وهى ما اذا قال لا يأكل طعام فلان هذا أو لا يدخل داره هذه وزال ملكه عنهما ثم استحدث له طعام أو دارا فاكله او دخلها لا يحنث لوقوع اليمين على المشار اليه (وان لم يشر) الحالف بان لم يقل هذا بعد قوله والله لا آكل طعام فلان (لا يحنث) بمباشرة ما حلف عليه (بعد الزوال) أى بعد زوال ملك فلان عن الطعام واخواته لما ذكرنا (وحنث) الحالف (بالمتجدد) لوجود شرط الحنث وهو النسبة والاضافة الى فلان وعدم الاشارة (وفى الصديق) بأن قال والله لا أكلم صديق فلان (والزوجة) بأن قال والله لا أكلم زوجة فلان (فى المشار) وهو قوله صديق فلان هذا أو امرأته هذه (يحنث) بمباشرة ما حلف عليه (بعد الزوال) أى بعد زوال الصداقة بين فلان وصديقه و بعد زوال الزوجية بين فلان وامرأته بالابانة لان الاضافة لا تأثير لها فيهما فترجح جانب الاشارة لكونها أبلغ فى التعريف وهذا بالاجماع (و) فى الصديق والزوجة (فى غير المشار) اليه منهما بأن قال لا أكلم صديق فلان أو زوجته فزالت النسبة اليه بأن عادى صديقه أو طلق زوجته فكلمهما بعد ذلك (لا) يحنث عندهما وقال محمد يحنث لان المقصود هجرانه والاضافة للتعريف فصار كالمشار اليه ولهما ان هجران الحر لغيره محتمل وترك الاشارة والتسمية باسمه يدل على ذلك فلا يحنث مع الاحتمال بالشك (وحنث بالمتجدد) أى بالمستحدث فى الصديق والزوجة فى هذه الصورة وهى ما اذا حلف لا يكلم صديق فلان أو زوجته ولم يشر اليهما وهذا عندهما وعند محمد لا يحنث وهو مبنى على ما تقدم هذا اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فعلى ما نوى لانه نوى محتمل كلامه ولو حلف (لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه) أى فباع صاحب الطيلسان طيلسانه (فكلم) الحالف اياه (يحنث) لان الامتناع لذاته لا للطيلسان ولهذا لو كلم المشترى لا يحنث (الزمان) مبتدأ (والحين) عطف عليه (ومنكرهما) أى ومنكر الزمان والحين وهو الذى يكون بلا ألف ولام وقوله (ستة اشهر) خبره حتى لو قال لا أكلم فلانا الزمان أو الحين أو زمانا أو حينا فهو على ستة أشهر كذا نقل عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وعند الشافعى الزمان والحين ساعة وعند مالك سنة هذا اذا لم تكن له نية وأما اذا نوى شيأ فعلى ما نوى لانه محتمل كلامه (والدهر) مبتدأ بأن قال لا أكلم فلانا الدهر بالالف واللام (والابد) عطف عليه بأن قال لا أكلم فلانا الابد وقوله (العمر) خبره أى فهو العمر لان المعرف منهما يراد به الابد قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر أى الابد وقال عليه السلام من صام الابد فلا صيام له أى عمره كله وعند الشافعى وأحمد يقع على ساعة وعند مالك على سنة (ودهر مجمل) مبتدأ وخبر والمسوغ كون المبتدا معطوفا أراد ان المنكر من الدهر مجمل عند أبى حنيفة يعنى لم يفسره وتوقف فيه حيث قال لا أدرى ما الدهر وهذا من جلالة قدره وكمال عقله توقف فيما اختلف أرباب اللغة فى تقديره

وقيل انما قال لاأدرى تأدبا وحفظا للسانه عن التحدث فى الدهر فانه جاء فى الخبر انه عليه السلام قال لاتسبوا الدهر فان الله هو الدهر أى خالق الدهر ومما يناسب ذكره ههنا ما قال بعضهم

من قال لاأدرى بما لم يدره * فقد اقتدى فى الفقه بالنعمان
فى الدهر والخنثى كذاك جوابه * ومحل أطفال ووقت ختان

وقالا هو كالحين يقع على ستة أشهر وبه قالت الثلاثة وروى أبو يوسف ان التعريف والتنكير سواء عند أبى حنيفة (والايام وأيام كثيرة والشهور والسنون عشرة) من كل صنف عند أبى حنيفة فلو قال لاأكلمه الايام او أياما كثيرة يقع على عشرة أيام وان قال لاأكلمه الشهور فهو عشرة أشهر وان قال لاأكلمه السنين فهو عشر سنين لان أقصى ما ينتهى اليه اسم الايام عشرة يقال ثلاثة أيام الى عشرة أيام وبعده يتكرر ويقال احد عشر وكذلك الشهور والسنون وقالا فى الايام اسبوع وفى الشهور شهور السنة وفى السنين العمر لان المعرف ينصرف الى المعهود وهو أيام الاسبوع وفى الشهور شهور السنة لانها المعهودة وليس للسنين معهود فانصرف الى العمر وبه قالت الثلاثة فى الشهور والسنين (ومنكرها) أى منكر الايام والشهور والسنين (ثلاثة) من كل صنف فلو قال والله لاأكلم فلانا أياما فهو على ثلاثة أيام ولو قال شهورا فهو على ثلاثة أشهر ولو قال سنين فهو على ثلاث سنين بالاجماع لانه جمع منكر فيتناول الاقل للتيقن به

* هذا (باب) فى بيان أحكام (اليمين فى الطلاق والعتاق) *

ولو قال رجل لامرأته (ان ولدت فأنت كذا) أى طالق (حنث بالميت) أى بالولد الميت يعنى طلقت امرأته اذا ولدت ولدا ميتا لوجود الولد حقيقة وعرفا وشرعا حتى تنقضى به العدة والدم الذى بعده نفاس وتصير الامة به أم ولد وترجى شفاعته يوم القيامة (بخلاف) ما اذا قال ان ولدت ولدا (فهو حر) حيث يشترط أن يكون حيا عند أبى حنيفة حتى اذا ولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى عنده وقالا لا يعتق واحد منهما لتحقق الشرط بولادة الميت فتنحل اليمين لا الى جزاء وله انه جعل الحرية وصفا للمولود فيتقيد بولادة الحى نظرا الى هذا الوصف اذ الميت لا يقبله وعلى هذا الخلاف لو قال أول ولد تلدينه فهو حر فانه يتقيد عنده بوصف الحياة حتى لو ولدت ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وعندهما لا يعتق بخلاف ما اذا قال أول ولد تلدينه حيا أو قال ان ولدت ولدا حيا فهو حر لانه قيده بالحياة نصا ولو قال (اول عبد أملكه فهو حر فملك عبدا عتق) لان الاول اسم لفرد سابق وقد وجد فيعتق (ولو ملك عبدين) معا (ثم) ملك (آخر لا يعتق واحد منهم) أى من العبيد الثلاثة لعدم وجود الشرط وهو الفردية ولا فيما اشتراه بعدهما لعدم السبق (ولو زاد) الحالف على كلامه الاول لفظة (وحده) بأن قال أول عبد اشتريه وحده أو أملكه وحده فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى واحدا بعدهما (عتق الثالث) لانه يراد به الانفراد فى حالة الشراء لان وحده للحال يقال جاء زيد وحده أى منفردا فيشترط انفراده فى حالة الشراء ولم يسبقه أحد بهذه الصفة فكان أولا ولو قال واحدا موضع وحده لا يعتق الثالث لان وحده يقتضى الانفراد فى الفعل المقرون به ولا يقتضى الانفراد فى الذات وواحدا يقتضى الانفراد فى الذات يظهر ذلك فى قوله ما فى الدار رجل واحد وما فى

الدار رجل وحده فانه اذا كان فيها رجلان كان الاول كاذبا والثانى صادقا ولو قال اول عبد
أملكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه
فى اسمه فلا تقطع عنه وصف الاولية والفردية كما لو ملك معه ثوبا أو نحوه بخلاف ما اذا قال
أول كر أملكه فهو هدى فملك كرا ونصف كر حيث لا يلزمه شئ لان النصف يزاحم الكل فى
المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيأ واحدا بخلاف الثياب والعبيد (ولو قال آخر عبد
أملكه فهو حر فملك عبدا ومات) الحالف (لم يعتق) العبد لان الآخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه
غيره من جنسه ولا سابق له فلا يكون لاحقا فلا يعتق (فلو اشترى عبدا) فى قوله آخر عبد أملكه
فهو حر (ثم) اشترى (عبدا فمات) الحالف (عتق) العبد (الآخر) لانه فرد لاحق (مذ ملك) أى
من حين ملك وهو وقت الشراء حتى يعتبر من جميع المال ان كان اشتراه فى صحته عند
أبى حنيفة وعندهما يعتق مقتصرا على حالة الموت فيعتبر من الثلث على كل حال لان الآخرية
تثبت بعدم شراء غيره بعده وانما يثبت العدم عند الموت فيقتصر العتق على زمن الموت وله ان
الآخرية تثبت للثانى كما اشتراه الا ان هذه الصفة بعرض الزوال لاحتمال شراء غيره فاذا مات
ولم يوجد ما يبطل صفة الآخرية تبين انه كان آخرا منذ اشتراه فعتق من ذلك الوقت وعلى
هذا الخلاف ما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا يقع عند الموت عندهما وترث
بحكم انه فار ولها مهر واحد وعليها العدة لا بعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة وان كان
الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة وتحد وعنده يقع منذ تزوجها فان كان دخل بها فلها مهر
ونصف مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا حداد
ولا ترث منه ولو قال رجل (كل عبد بشرنى بكذا) بقدوم زيد مثلا من سفره أو بعافية مريضه
(فهو حر فبشره) بذلك (ثلاثة) أعبد (متفرقون عتق) المبشر (الاول) لتحقق البشارة من الاول
دون الباقين لانها اسم لخبر سار ليس للمبشر به علم وقد حصل ذلك بالاول بخلاف الخبر حيث
لا يشترط عدم العلم به حتى لو قال من أخبرنى بقدوم فلان فهو حر فأخبره ثلاثة متفرقون عتقوا
لكنه يشترط أن يكون صدقا كما فى البشارة ولو أرسل اليه العبد عتق فى البشارة والخبر لان
الكتابة والمراسلة تسمى بشارة وهذا بخلاف الحديث حيث لا يحنث الا بالمشافهة (وان بشروه)
أى ان بشر العبيد الثلاثة المولى بذلك (معا) أى مجتمعين (عتقوا) كلهم لتحقق البشارة من
الجميع (وصح شراء ابيه للكفارة) بأن كانت عليه كفارة صوم أو ظهار أو غيرهما فاشترى
أباه العبد لذلك يصح ويجزئ عن الكفارة وقال زفر والشافعى لا يجوز والاصل فيه ان النية
اذا قارنت علة العتق ورق المعتق كامل صح التكفير والا فلا فعندهما علة العتق القرابة
فالنية لم تتصل بها فلا يصح وعندنا شراء القريب اعتاق قال عليه السلام لا يجزئ ولد والده
الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه رواه الجماعة غير البخارى أى يعتقه بذلك الشراء لانه لا يحتاج
للعتق الى شئ آخر وقد اقترنت النية به فوجب القول بجوازه (لا) يصح (شراء من حلف بعتقه)
بأن قال لعبد غيره ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناويا عن التكفير فانه لا يجزئه وهو المراد
بقوله لا شراء من حلف بعتقه حتى لو اقترنت النية به بأن قال لعبد غيره ان اشتريتك فأنت حر
عن كفارة يمينى فاشتراه فانه يعتق ويجزى عن الكفارة (و) لا يصح أيضا شراء (أم ولده)

صورته أن يقول لامة غيره وقد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لعدم مقارنة النية علة العتق في ذلك الوقت فان قلت المعلق بالشرط كالمنجز عنده فيكون علة في ذلك الوقت وقد اقترنت النية به فيه قلت هو كالمنجز في ذلك الوقت حكما لا حقيقة ولو قال (ان تسريت أمة فهي حرة صح) كلامه (لو) كانت الامة (في ملكه) يوم حلف حتى لو تسرى أمة كانت في ملكه يوم حلف عتقت لانعقاد اليمين في حقها لانها تتناول المملوكة في ذلك الوقت على العموم لكون الامة نكرة في سياق الشرط وهي كالنفي (والا) أي وان لم تكن الامة في ملكه يوم حلف (لا) يصح حتى لو اشترى أمة وتسرى بها لا تعتق وقال زفر تعتق لان التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك ولنا ان اليمين بالعتق انما يصح في الملك أو مضافا اليه أو الى سببه ولم يوجد واحد منها في حقها فلا يصح وطلب الولد ليس بشرط في التحصين للتسري خلافا لابي يوسف حتى لو عزل عنها لا تكون سرية عنده ولو قال (كل مملوك لي فهو حر عتق عبيده وأمهات اولاده ومدبروه) لان المطلق ينصرف الى الكامل وملكه لهؤلاء كامل لانه يملكهم رقبة ويدا ولو قال أردت به الرجال دون النساء صدق ديانة لا قضاء بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض أو بالعكس حيث لا يصدق ديانة وقضاء ولو قال نويت النساء دون الرجال لم يصدق لان المملوك حقيقة للذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة لكن عند الاختلاط يستعمل عليهم لفظ المملوك (لا) يعتق (مكاتبه) لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة الا أن ينويه ومن قال لنسوة له (هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وخير في الاولين) لان أو لاثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاولين (وكذا العتق) بأن قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا (و) كذا (الاقرار) بان قال لفلان على الف أو لفلان وفلان كان نصف الالف للثالث والنصف الآخر ان شاء المقر جعله للاول وان شاء جعله للثاني والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (اليمين في البيع والشراء والتزويج والصوم والصلاة وغيرها)

(ما) أي كل شئ (يحنث) فيه (بالمباشرة) بنفسه (لا) يحنث فيه (بامر) منه لغيره هو (البيع والشراء والتزويج والاجارة والاستئجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد) حتى لو حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر أو لا يستأجر أو لا يصالح عن مال أو لا يقاسم أو لا يخاصم فلانا او لا يضرب ولده فوكل من يفعل ذلك لم يحنث لان صدور هذه الاشياء من غيره فلم يوجد شرط الحنث من الحالف وعند الثلاثة يحنث الا عن الشافعي في الاظهر لا يحنث ولو نوى أن لا يأمر به غيره يحنث بالامر أيضا لان فيه تشديدا وكذا اذا كان الحالف ذا سلطان لا يتولى هذه الامور بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده فيحنث بفعل المأمور (وما) أي كل شئ (يحنث) فيه (بهما) أي بالمباشرة بنفسه وبالامر أي بالتوكيل لغيره هو (النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة

والصلح

والصلح عن دم عمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء

والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل) حتى لو حلف لا يتزوج أو لا يطلق امرأته أو لا يخالعها أو لا يعتق عبده أو لا يكاتبه أو لا يصالح عن دم عمد أو لا يهب أو لا يتصدق أو لا يقرض أو لا يستقرض أو لا يضرب عبده أو لا يذبح شاة أو لا يبني شيئاً أو لا يخيط ثوبه أو لا يودع أو ولا يستودع أو لا يعير أو ولا يستعير أو لا يقضي الدين أو لا يقبضه أو لا يكسو فلاناً أو لا يحمل هذا الشيء يحنث بمباشرته بنفسه وبمباشرة وكيله لان الوكيل في هذه الاشياء سفير ومعبر وحقوق العقد راجعة الى الآمر لا اليه بخلاف الفصل الاول فان حقوق العقد فيه ترجع الى العاقد وعند الشافعي لا يحنث بمباشرة الوكيل لان الفعل يوجد منه حقيقة ومن الآخر حكماً فوجد شرط الحنث من الآمر من وجه دون وجه فلا يحنث كما في الوجه الاول وفي مسائل أهل البصرة فيما كتبوا الى محمد بن الحسن اذا حلف لا أتزوج فوكل وكيلاً بالنكاح انه لا يحنث وهو خلاف الاصل كذا ذكر الناطفي في الاجناس فان قلت ما ذكرت يستقيم في مثل النكاح والطلاق ونحوهما وأما ما كان منها حسياً كضرب الغلام وذبح الشاة ونحوهما كيف يكون قلت هو أيضاً منقول الى الآمر حتى لا يجب الضمان على الفاعل فكان منسوبا اليه فيحنث ومنفعة ضرب العبد راجعة الى المولى لانه يجري على موجب أمر مولاه ويسعى في مصالحه بخلاف ضرب الولد فان منفعته للولد للتأديب والانزجار عن القبائح فصار كمن حلف لا يضرب رجلاً حراً فامر بضربه حيث لا يحنث بضرب المأمور اياه لانه لا يملك ضربه فلا يصح أمره الا أن يكون الآمر سلطاناً أو قاضياً فحينئذ يحنث لانهما يملكان ضرب الاحرار حداً وتعزيراً فيملكان الامر به فيضاف فعل المامور اليهما ولهذا لا يجب الضمان على الضارب بامرهما في الحد والتعزير ولو قال الحالف في النكاح والطلاق ونحوهما من الحكميات نويت أن لا أتكلم به ولا آلي بنفسي صدق ديانة لا قضاء ولو قال ذلك في ذبح الشاة وضرب العبد ونحوهما من الحسيات نويت أن لا آلي بنفسي يصدق ديانة وقضاء والفرق بين البابين ان الاول ليس الا تكلم بكلام يفضي الى الوقوع والامر به مثل التكلم به فاذا نوى ان لا يلي فقد نوى التخصيص في العام فلا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر والثاني فعل حسي يحصل بالفعل فكان فيه حقيقة والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق ديانة وقضاء (ودخول اللام) كلام اضافي مرفوع بالابتداء والمراد به لام الاختصاص واعلم أولاً ان اللام لا يخلو اما ان تدخل على فعل يملك بالعقد وتجري فيه النيابة كالبيع والشراء أو تدخل على فعل لا يملك به ولا تجري فيه النيابة كدخول الدار وضرب الغلام أو تدخل على عين كالثوب مثلاً فهذه ثلاثة أقسام ففي القسم الاول تكون اللام لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه حتى لو قال ان بعت لك ثوباً فعبدي حر او امرأتي طالق لا يحنث حتى يبيع له ثوباً بأمره لان معنى ان بعت لك ثوباً ان بعت لك ثوباً بوكالتك وامرك فاذا باعه بأمره يحنث سواء كان الثوب ملكه اولم يكن حتى لو دس المحلوف عليه ثوبه فباعه الحالف بغير علمه لا يحنث وفي القسمين الاخيرين تكون اللام لاختصاص العين بالمحلوف عليه حتى لو قال في القسم الثاني ان دخلت لك داراً فعبدي حر أو قال في القسم الثالث ان بعت ثوباً لك فعبدي حر لا يحنث حتى

تكون الدار او الثوب ملكا للمحلوف عليه سواء كان امره المحلوف عليه بذلك أولم يأمره ولاجل كون الحكم متحدا فى القسمين الاخيرين أشرك الشيخ بينهما حيث عطف قوله وعلى العين على قوله وعلى الدخول والضرب على ما يجىء الآن ان شاء الله تعالى وانما كان كذلك لان اللام للاختصاص كما ذكرنا وأقوى وجوهه الملك فاذا جاورت الفعل أوجبت ملكه دون العين ان كان ذلك الفعل من القسم الاول وان كان من القسم الثانى لا يفيد ملك الفعل لاستحالته و يفيد ملك العين لان معنى قوله ان دخلت لك دارا ان دخلت دارا مملوكة لك وكذلك اذا جاورت العين كما فى القسم الثالث فانه يوجب ملك العين مطلقا لان الاعيان كلها تملك وقد أشار الشيخ رحمه الله الى القسم الاول بقوله ودخول اللام (على البيع) كقوله ان بعت لك ثوبا فعبدى حر (والشراء) كان اشتريت لك ثوبا فعبدى حر (والاجارة) كان أجرت لك دارا فعبدى حر (والصياغة) كان صغت لك خاتما فعبدى حر والخياطة كان خطت لك ثوبا فعبدى حر (والبناء) كان بنيت لك بيتا فعبدى حر وذكر الشيخ لذلك مثالا واحدا بقوله (كان بعت لك ثوبا) فعبدى حر مثلا واكتفى بذكره عن بقية الامثلة لظهورها وقوله (لاختصاص الفعل) خبر المبتدا أى لاختصاص الفعل الذى نحو البيع والشراء (بالمحلوف) أى بالشخص المحلوف (عليه) وذلك انما يكون (بأن كان) الفعل (بأمره) أى بأمر المحلوف عليه سواء (كان) الثوب فى مثال البيع والشراء او الدار فى مثال الاجارة ونحوها (ملكه) أى ملك المحلوف عليه (اولا) أى أولم يكن وأشار الى القسم الثانى بقوله (و) دخول اللام (على الدخول) كان دخلت لك دارا فعبدى حر (و) على (الضرب) كان ضربت لك عبدا فعبدى حر (و) على (الاكل) كان أكلت لك طعاما فعبدى حر (و) على (الشرب) كان شربت لك ماء فعبدى حر وأشار الى القسم الثالث بقوله (و) دخول اللام أيضا (على العين) أى الذات المشخصة كالثوب مثلا ثم ذكر مثالا بقوله (كان بعت ثوبا لك) فعبدى حر مثلا (لاختصاصها) أى يكون دخول اللام فى هذين القسمين لاختصاص العين (به) أى بالمحلوف عليه (بأن كان) المحلوف به وهو الثوب مثلا (ملكه) أى ملك المحلوف عليه سواء كان (امره) بذلك (اولا) أى أولم يأمره حتى لو قال ان دخلت لك دارا يحنث كيفما كان بعد ان كانت الدار ملكه وكذا لو قال ان بعت ثوبا لك يحنث كيفما كان بعد ان كان ملكه (وان نوى) أى الحالف (غيره) أى غير ما اقتضاه ظاهر كلامه بأن نوى بقوله ان بعت لك ثوبا معنى قوله ان بعت ثوبا لك أو بالعكس (صدق فيما عليه) أى فيما فيه تشديد على نفسه ديانة وقضاء وفيما فيه تخفيف يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى ما يحتمله كلامه ولكنه خلاف الظاهر ولو قال رجل (ان بعته) أى عبدى هذا فهو حر (او) قال غيره ان (ابتعته) أى ان اشتريته (فهو حر فعقد) البائع فى الاول والمشترى فى الثانى (بالخيار) أى بشرط الخيار (حنث) فيعتق العبد لوجود شرط العتق وهو البيع أو الشراء ولقيام الملك عند وجود الشرط لان البيع بشرط الخيار يمنع خروج المبيع عن ملكه وكذا المشترى ملكه قائم عند وجود الشرط اما عندهما فظاهر لان خيار المشترى لا يمنع دخول المبيع فى ملكه واما عند أبى حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فيصير كانه قال بعد الشراء انه حر فيصير مختارا بذلك للامضاء وله ذلك (وكذا)

يحنث

يحنث (بالفاسد) من البيع والشراء (و) البيع (الموقوف) منهما في يمينه لا يبيع أو لا يشترى فأما الفاسد منهما فان كان الحالف هو البائع ينظر فان كان العبد في يد المشترى مضمونا عليه بمثل غصب لا يعتق لانه كما يتم البيع يزول عن ملكه كالبيع الصحيح البات وينبغي أن ينحل اليمين وان كان العبد في يد البائع عتق لانه لا يزول ملكه قبل التسليم وان كان الحالف يعتقه هو المشترى فاشتراه فاسدا فان كان في يده مضمونا على الوجه الذى ذكرناه يعتق لدخوله في ملكه كما تم البيع والا فلا وعن أبي يوسف انه لا يحنث بالفاسد ولا بما فيه خيار لاحدهما أصلا وبه قالت الثلاثة وأما الموقوف فلانه قد وجد فيه البيع حقيقة وصورته أن يقول ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا من فضولى حنث بالشراء وعن أبي يوسف لا يحنث وبه قالت الثلاثة (لا) يحنث (بالباطل) أى بالبيع الباطل ولا بالشراء الباطل في يمينه لا يبيع أو لا يشترى لانه ليس ببيع حقيقة ولا حكما حتى لا يفيد شيأ من أحكام البيع وان اتصل به القبض حتى لو قال ان اشتريت اليوم شيأ فعبده حر او ان بعت عبدى فهو حر فباعه بميتة أو حر لا يحنث بخلاف ما لو باعه بالخمر لانه فاسد على ما يجىء ان شاء الله تعالى ولو اشترى مدبرا أو أم ولد لا يحنث ولو قضى القاضى بجوازه يحنث للحال لان قضاءه يؤثر في ازالة المانع من الجواز فيقتصر على وقت القضاء فيحنث حينئذ بخلاف اجازة بيع الفضولى فانه يستند الى وقت وجوده فيستند السبب فيه الى وقت الاجازة ولهذا لو أعتقه المشترى قبل الاجازة ينفذ عند الاجازة والمكاتب كالمدبر في رواية لكن قضاء القاضى لا يتصور فيه ويتصور فيه رضاه ولو حلف أن يبيع هذا الحر فباعه بر لان البيع الصحيح لا يتصور فيه فانعقد على الباطل وكذا لو عقد يمينه على الحرة أو أم الولد وعن ابى يوسف في الحرة وأم الولد ينعقد على الصحيح لانه ممكن فيهما بأن ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبى ولو قال رجل (ان لم أبع) هذا العبد (فكذا) أى فامرأتى طالق مثلا (فاعتق) أى العبد (او دبر) العبد (حنث) لتحقق العجز عن البيع بفوات محله ولو (قالت) امرأة لزوجها (تزوجت على فقال) الزوج (كل امرأة لى طالق طلقت) المرأة (المحلفة) بكسر اللام وهى التى حلفت زوجها وقالت تزوجت على لعموم كلامه وعن أبي يوسف انها لا تطلق لان كلامه خرج جوابا لكلامها فكان مطابقا له فلا تطلق ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء عندهما ولو قالت له تريد أن تتزوج على فقال كل امرأة أتزوجها فهى طالق دخلت المخاطبة حتى لو أبانها ثم تزوجها طلقت خلافا لابى يوسف ولو قال رجل (على المشى الى بيت الله او الى الكعبة) لزمه ذلك و (حج او اعتمر) حال كونه (ماشيا) للتعارف بالتزام الاحرام بهذه العبارات والقياس أن لا يلزمه شئ لانه التزم المشى وهو ليس بقربة مقصودة ولكن الاستحسان ما ذكرنا ولا فرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو خارجها وكذا لو قال على المشى الى مكة يلزمه الاحرام بأحدهما للعرف فاذا لزمه فله الخيار ان شاء مشى وهو أكمل وفيه الوفاء لما قاله وان شاء ركب (فان ركب أراق دما) أى ذبح شاة لقوله عليه السلام مرها ان تركب ولترق دما وكانت نذرت ان تحج ماشية (بخلاف) ما لو قال على (الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى او) قال على (المشى الى الحرم و) كذا اذا قال على المشى الى (الصفا والمروة) حيث لا يلزمه شئ بهذه العبارات لعدم التعارف بذلك وهذا على اطلاقه قول

أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا في قوله علي المشي الى الحرم أو الى المسجد الحرام عليه حجة أو عمرة لانهما اشاملان للبيت وعند الشافعي وأحمد واشهب المالكي في الذهاب الى بيت الله أو المشي الى الحرم أو الصفا والمروة يجب ولو قال رجل (عبده حر ان لم أحج) هذا (العام) ثم قال حججت (فشهدا) أي فشهد اثنان (بنحره) أي بأنه ضحى هذا العام (بالكوفة) لم تقبل هذه الشهادة و(لم يعتق) العبد عندهما لانها شهادة على النفي وقال محمد تقبل ويعتق لانها قامت على أمر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج (وحنث) الرجل (في) حلفه (لا يصوم بصوم ساعة) لوجود الشرط ولكن اذا كان (بنية) منه للصوم (وفي) قوله لا يصوم (صوما او) لا يصوم (يوما) يحنث (بيوم) أي بصوم يوم كامل لان بذكر المصدر ينصرف الى الكامل وذكر اليوم تصريح في تقديره باليوم (وفي) حلفه (لا يصلي) يحنث (بركعة) وهو ما اذا قيدها بالسجدة ولا يحنث مالم يقيدها والقياس ان يحنث بالشروع اعتبارا بالصوم ووجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن اركان مختلفة فمالم يأت بجميعها لا تسمى صلاة ثم قيل يحنث بنفس السجدة وقيل برفع الرأس منها (وفي) حلفه (لا يصلي صلاة) يحنث (بشفع) أي بركعتين لان الصلاة المطلقة تنصرف الى الكامل وهي الركعتان وعند الشافعي وأحمد في رواية يحنث بركعة ولو قال رجل لامرأته (ان لبست من غزلك فهو هدى) أي صدقة (فملك) الرجل بعد ذلك (قطنا فغزلته) المرأة (ونسج) الرجل (فلبس فهو هدى) عند أبي حنيفة وعليه أن يتصدق به لان المرأة تغزل من قطن الرجل عادة وعندهما لا يلزمه أن يهدي به الا اذا كان القطن في ملكه يوم اليمين لان النذر لا يصح الا في الملك أو مضافا اليه والغزل لم يكن سببا للملك (لبس خاتم ذهب) كلام اضافي مبتدأ وقوله (او عقد لؤلؤ) بكسر العين عطف على المضاف اليه أي أو لبس عقد لؤلؤ وقوله (لبس حلي) خبر المبتدأ يعني اذا حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم ذهب يحنث لاطلاق الحلي عليه واما عقد اللؤلؤ فالمذكور هنا على اطلاقه قولهما واما عند أبي حنيفة فليس بحلي الا اذا كان مرصعا حتى لا يحنث في يمينه لا يلبس حليا بلبس غير المرصع منه وعندهما يحنث لقوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وانها اللآلي وله انه لا يتحلى به عرفا وان سمي حلية في الآية مجازا وعلى هذا الخلاف اذا لبست عقدا من زبرجد أو زمرذ غير مرصع قيل الخلاف عرفي فلا خلاف في الحقيقة (لا) يكون لبس (خاتم فضة) لبس حلي حتى لو حلف لا يلبس حليا لا يحنث بلبسه لانه ليس بحلي كامل لانه يستعمل للتزين فقط وهذا يستعمل له ولغيره ولهذا حل للرجال وفي الفوائد الظهيرية ان خاتم الفضة اذا صيغ على هيئة خاتم النساء بأن كان ذا فص يحنث وهو الصحيح ولو حلف (لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير او) حلف (لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر فنام عليه او) حلف (لا يجلس على هذا السرير فجعل فوقه سريرا آخر لا يحنث) في الصور كلها أما في الاولى فلانه لا يعد جالسا واما في الثانية فلانه لا يعد نائما على الفراش لاسفل عرفا يقال نائم على فراشين وعند أبي يوسف يحنث في هذه وبه قال الشافعي لانه نام عليهما جميعا وأما في الثالثة فلانه لا يعد جالسا عليه (ولو جعل على الفراش قرام) بكسر القاف وهو الستر الرقيق كذا في الجمهرة وفي الصحاح القرام ستر فيه رقم ونقوش وكذلك المقرم

والمقرمة (او) جعل (على السرير بساط أو حصير حنث) لانه يعد جالسا ونائما على الفراش والسرير عادة وعلى هذا لا ينام على السطح أو الدكان أو لا يجلس فبسط عليه فراشا أو حصيرا فنام عليه أو جلس حنث لانه يعد نائما وجالسا عليهما

هذا (باب) في بيان أحكام (اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك)

ولو قال رجل ان (ضربتك) فعبدي حر (و) ان (كسوتك) فعلي كذا (و) ان (كلمتك) فامرأتي طالق (و) ان (دخلت عليك) فأمتي حرة (تقيد) يمينه (بالحياة) أي بحياة المخاطب حتى لو فعل به هذه الاشياء بعد موت المخاطب لم يحنث لان هذه الاشياء لا تتحقق في الميت لان الضرب ايقاع الالم وبعد الموت لا يتصور ومن يعذب في القبر توضع فيه الحياة على الصحيح وان اختلفوا في كيفيتها فان قلت ان أيوب عليه السلام أمر أن يضرب امرأته بالضغث وهو غير مؤلم لانه حزمة صغيرة من حشيش أو ريحان قلت يجوز أن يكون ذلك مختصا به اكراما له وتخفيفا عليها ولا اشكال على قول من يفسره بقبضة من أغصان الشجر والكسوة يراد بها التمليك عند الاطلاق فلا يتحقق في الميت ولهذا لو تبرع بكفنه أحد ثم أخرجه السيل أو السباع يكون له لا لورثته والكلام للافهام فلا يتحقق في الميت فان قلت قال عليه السلام لقتلى بدر من المشركين هل وجدتم ما وعد ربكم حقا قلت ردته عائشة رضي الله عنها وقالت قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما أنت بمسمع من في القبور ولئن ثبت فهو مختص بالنبي عليه السلام ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الاحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والغرض من الدخول اكرامه بتعظيمه أو اهانته بتحقيره ولهذا لو لم يقصده بالدخول بأن دخل على غيره أو لحاجة أخرى أو دخل عليه في موضع لا يجلس فيه للزيارة كالمسجد والظلة والدهليز لا يكون دخولا عليه الا اذا اعتاد الجلوس فيه للزيارة ولا يتحقق الكل بعد الموت (بخلاف الغسل) بأن حلف لا يغسل فلانا (والحمل) بأن حلف لا يحمله (والمس) بأن حلف لا يمسه حيث يحنث في الوجوه كلها اذا فعل به ذلك بعد موته لتحقق هذه الاشياء في الميت* ولو حلف (لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث) لان الضرب ايلام وهو موجود في هذه الاشياء وعند الشافعي لا يحنث لانها ليست بضرب وقيل اذا كانت هذه الاشياء في حالة الغضب يحنث وان كانت في الملاعبة لا يحنث لانه مزح وقيل ان كانت يمينه بالفارسية لا يحنث بهذه الاشياء* ولو حلف وقال (ان لم اقتل فلانا فكذا) اي فامرأتي طالق مثلا (و) الحال أنه (هو) اي فلان (ميت ان) كان الحالف (علم به) اي بموته حين حلف (حنث) في الحال لانعقاد اليمين لان الله تعالى قادر على اعادة الروح فيه اذ الروح لا تموت فيمكن قتله ثم يحنث للحال للعجز عادة كمسئلة صعود السماء (والا) اي وان لم يعلم بموته وقت الحلف (لا) يحنث لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه وذلك لا يتصور كمسئلة الكوز اذا لم يكن فيه ماء وهذا عندهما وعند أبي يوسف يحنث لان التصور ليس بشرط عنده لانعقاد اليمين وقد مر بيانه (وما دون الشهر قريب) حتى لو حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر (وهو) اي الشهر (وما فوقه) أي فوق الشهر (بعيد) حتى لو حلف ليقضين دينه الى بعيد فهو الشهر وما فوقه ولو حلف (ليقضين دينه) اي دين فلان (فقضاه) اي الدين حال كونه (زيوفا) وهو جمع زيف وهو ما يأخذه التجار ويرده بيت المال (او نبهرجة) وهو لفظ أعجمي معرب

وأصله نبهره وهو الحظ يعني حظ هذه الدراهم من الفضة أقل وغشه أكثر وتردّها التجار وفي الغاية والنبهرجة مابهرجه التجار لغش فيه وهو أردأ من الزيف (أو مستحقة) لشخص (بر) في يمينه لانّ الزيوف دراهم حقيقة غير أنّ فيه عيبا وهو لايعدم الجنسية ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا وكذلك النبهرجة وقبض المستحق صحيح حتى لو أجازه المستحق في الصرف والسلم بعد الافتراق جاز وعند مالك يحنث في جميع ذلك (ولو) وجده (رصاصا أو) وجده (ستوقة) وهي أيضا معرّبة وهي بالفارسية سه طاق يعني أنّ وجهي هذه الدراهم فضة وحشوها صفر (لا) يبرّ في يمينه لانهما ليسا من جنس الدراهم ولو تجوز بهما في الصرف والسلم لايجوز (والبيع به) أي بالدين يعني بيع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التي لرب الدين على الحالف عبدا مثلا (قضاء) للدين في يمينه ليقضين دينه حتى يبرّ في يمينه لان قضاء الدين طريقة المقاصة وقد تحققت بمجرّد البيع واشتراط قبض المبيع في الجامع الصغير وقع اتفاقا الا أنه شرط للبرّ ولو كان البيع فاسدا يشترط قبض المبيع لوقوع المقاصة لانه لايملك في البيع الفاسد الا بالقبض فاذا قبضه وكانت قيمته مثل الدين وقعت المقاصة وبر في يمينه وكذا لو تزوّج الطالب أمة المطلوب على ذلك المال فدخل عليها أو وجب عليه للمطلوب دين بالجناية أو بالاستهلاك لايحنث ولو كان الحالف هو الطالب فالحكم كذلك في جميع الوجوه (لا الهبة) أي لاتكون هبة الدين ممن عليه الدين قضاء للدين في يمينه ليقضين دينه لانّ القضاء فعل المطلوب والهبة اسقاط للدين من الطالب فلا تتحقق المقاصة فتبطل اليمين اذا كانت مؤقتة بابرائه قبل الوقت لانّ القضاء لايتصوّر بعد الابراء وفيه خلاف أبي يوسف بناء على أصله أن تصوّر البرّ وقت وجوبه ليس بشرط عنده وعندهما شرط على مامرّ ويتفرع على هذا مسائل كثيرة منها ما اذا قال لامرأته ان لم تهبيني اليوم صداقك فانت طالق وقال أبوها ان وهبت له صداقك فأمك طالق فالحيلة في هذا ان لايحنثا أن يصالح أباها بثوب فاذا مضى اليوم لم يحنث واحد منهما امّا الاب فلأنها ما وهبت الصداق للزوج وامّا الزوج فلأنها عجزت عن الهبة في آخر النهار لانّ الصداق سقط عن الزوج بالصلح ولو قال رجل (لايقبض دينه) من فلان مثلا (درهما دون درهم فقبض بعضه) أي بعض الدين (لم يحنث) بقبض البعض (حتى يقبض كله) أي كل الدين قبضا (متفرّقا) لان شرط حنثه قبض الكل بوصف التفرّق لانه أضاف القبض الى دين معرّف بالاضافة اليه فيتناول كله فمادام عند المديون شئ من دينه باقيا لم يحنث لعدم قبض الكل وهو الشرط ولو قيد باليوم بأن قال لايقبض دينه درهما دون درهم اليوم فقبض البعض في اليوم متفرّقا أولم يقبض منه شيأ لم يحنث لانّ شرط الحنث أخذ الكل في اليوم متفرّقا ولم يوجد ولو قال ان قبضت من ديني درهما دون درهم حنث وكذا اذا قال ان أخذت منه درهما دون درهم وقد أوضح صورة هذه المسئلة في الجامع الكبير وقال اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حرّ ان أخذتها منك اليوم درهما دون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ مابقي حتى غابت الشمس لم يحنث لانّ شرط حنثه أخذ كل المائة على التفريق فكأنه قال ان أخذت المائة متفرّقة فلو قال هكذا لايحنث مالم يوجد قبض الكل بصفة التفريق فامّا اذا أخذ الكل مجتمعا أو قبض البعض متفرّقا لم يحنث لانعدام شرط الحنث ولو قال ان اخذت منها اليوم منك درهما

دون درهم فأخذ خمسة دراهم ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث أخذ
بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد شرط الحنث فيحنث (لا) يحنث اذا قبضه
متفرقا (بتفريق ضروري) وهو أن يقبضه في وزنتين أو أكثر ولم يتشاغل بين الوزنات بعمل
غير الوزن لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى منها وفيه خلاف
زفر ولو قال (ان كان لي الا مائة) درهم (او) قال (غير) مائة (او) قال (سوى) مائة (فكذا)
أي فامرأته طالق مثلا (لم يحنث بملكها) أي بملك المائة (او) بملك (بعضها) أي بعض المائة
وهو ما دون المائة لان غرضه نفي ما زاد على المائة فشرط حنثه ملك الزيادة على المائة ولو حلف
(لا يفعل كذا) أي أمرا من الامور (تركه) أي عليه أن يترك ذلك الفعل (أبدا) لانه نفي الفعل
مطلقا فيتناول فردا شائعا في جنسه فيعم الجنس ولو حلف (ليفعلنه) أي ليفعلن كذا الامر من
الامور (بر بمرة) اي بفعله مرة واحدة لانه يتناول فعلا واحدا وهو نكرة في موضع الاثبات فيخص
ويحنث اذا لم يفعله في عمره في آخر جزء من اجزاء حياته بفوات محل الفعل هذا اذا كانت مطلقة
وان كانت مؤقتة بوقت ولم يفعل فيه يحنث بمضي الوقت ان كان الامكان باقيا في آخر الوقت
ولا يحنث ان لم يبق بأن وقع اليأس بموته أو بفوت المحل ويتأتى فيه خلاف أبي يوسف في فوت
المحل (ولو حلفه) بتشديد اللام أي ولو حلف رجلا (وال) أي متولي أمر بلدة (ليعلمنه) اي
ليعلمن الوالي (بكل داعر) بالدال المهملة أي مفسد خبيث (تقيد) أي حلفه (بقيام ولايته) لان
غرض الوالي ان يرفع اليه الخبر ما دام واليا فاذا زالت الولاية ارتفعت اليمين وفي رواية عن أبي
يوسف وأحمد وقول للشافعي لا يختص بقيام ولايته فيجب عليه الرفع اليه بعد العزل لانه مفيد
في الجملة وعن أبي يوسف يبطل الرفع بعزله لا بموته وكذلك السلطان اذا حلف رجلا أن لا يخرج
من الكورة الا باذنه فهو على ولايته ذكره في الزيادات ثم ان الحالف لو علم الداعر ولم يعلمه
لم يحنث الا اذا مات هو أو المستحلف أو عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة بمجرد الترك بل باليأس
عن الفعل الا اذا كانت مؤقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان والا فلا وعلى هذا لو حلف رب
الدين غريمه أو الكفيل بأمر المكفول عنه أن لا يخرج من البلد الا باذنه تقيد بالخروج حال
قيام الدين والكفالة وكذا لو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بحال قيام الزوجية ولو (حلف
ان يهب عبده) من فلان (يبر بالهبة) أي بمجرد قوله وهبت له (بلا قبول) الموهوب له (بخلاف
البيع) فانه لو حلف أن يبيع عبده من فلان فباع ولم يقبل المشتري لا يعتد به ولا يبر في يمينه
لان الهبة تمليك بلا عوض فيتم بالواهب والقبول شرط ثبوت الحكم وهو الملك وشرط الحنث
عدم الهبة لا حكمها بخلاف البيع لانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما وقال زفر لا يحنث في
الهبة ايضا ما لم يقبل كالبيع وفي رواية عنه ما لم يقبل ويقبض ونظير الهبة الصدقة والعارية
والوصية والاقرار وفي القرض روايتان عن أبي حنيفة ونظير البيع الاجارة والصرف والسلم
والرهن والنكاح والخلع ويحنث بالفاسد من البيع والهبة ولو حلف شخص (لا يشم ريحانا
لا يحنث بشم ورد وياسمين) لان الريحان اسم لنبات لا ساق له وله رائحة مستلذة عرفا وللورد
والياسمين ساق وليس لهما رائحة مستلذة وانما الرائحة الطيبة لزهرهما الا لهما فاشبها التفاح
والسفرجل وفي المبسوط يحنث بشم الآس وما أشبهه من الرياحين واسم (البنفسج والورد) يقع

(على الورق) حتى لو حلف لا يشترى بنفسجا أو وردا فاشترى ورقهما يحنث ولو اشترى دهنهما لا يحنث للتعارف هكذا ذكره فى الكافى وفى المبسوط لو اشترى ورق البنفسج لا يحنث ولو اشترى دهنه يحنث لان اسم البنفسج اذا أطلق يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج وهو رواية الجامع الصغير أيضا قالت هذا شئ يبنى على العرف وقال الشارح والياسمين قياس الورد لا يتناول الدهن لان دهنه يسمى زنبقا لا ياسمينا وهذا غير صحيح لان الزنبق اسم لزهر مشهور وفى أرض الشام منه كثير وهو ورق أبيض وأصغر على غصن مستدق له رائحة ذكية ويعمل منه الدهن ويسمى دهن الزنبق وكذا الحناء تتناول الورق هذا اذا لم يكن له نية وفى الكافى الحناء فى عرفنا تقع على المدقوق (حلف) رجل (لا يتزوج) امرأة (فزوجه فضولى واجاز) الحالف التزويج (بالقول) بان قال قبلت أو رضيت ونحوهما (حنث) لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كأنه وكله ابتداء وعند الثلاثة لا يحنث وهى رواية عن محمد (ولو) أجازه (بالفعل) بأن وطئها أو أعطى مهرها (لا) يحنث لدلالته على الرضا بالعقد لا لانه عقد وقيل يحنث أيضا والمختار الاول ولو كان الحالف عبدا أو ابنا لرجل فزوجه مولاه وهو كاره أو أبوه وهو مجنون لا يحنثان بخلاف المكره لوجود الفعل منه حقيقة دونهما (وداره) أى دار المحلوف عليه تكون (بالملك) حتى لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بدخول ما يسكنه بالملك (والاجارة) والاعارة لان المراد به المسكن عرفا فدخل ما يسكنه باى سبب كان باعتبار عموم المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز وعند الشافعى لا يحنث الا بالملك لان الحقيقة وهى الملك مرادة (حلف) رجل (بانه لا مال له و) الحال أنه (له دين على مفلس أو ملىء لم يحنث) لان الدين ليس بمال وانما هو وصف فى الذمة لا يتصور قبضه حقيقة وعند الثلاثة يحنث والله أعلم

هذا * (كتاب) فى بيان أحكام (الحدود) *

وهو جمع حد وهو المنع لغة ومنه سمى البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وفى الشرع (الحد عقوبة مقدرة) تجب حقا (لله تعالى) فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير ولا القصاص لانه حق العبد (والزنا) الموجب للحد (وطء) المكلف الطائع (فى قبل) مشتهاة (خال عن ملك) النكاح وملك الرقبة (وشبهته) أى وشبهة الملك فلا يتعلق بوطء المجنون والصبى والمكره ووطء غير المشتهاة كالصغيرة التى لم تبلغ حد التشهى والميتة والبهائم حد وانما قيد بالخلو عن الملك لان الوطء فيه مباح واما اشتراط عدم الشبهة فلقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم ولا بد من مجاوزة الختان الختان لان المخالطة تتحقق بذلك فان ما دونه ملامسة لا تتعلق بها أحكام الوطء من الغسل وكفارة الصوم وفساد الحج وثبوت الرجعة وتنزيل الطلاق المعلق بالوطء وغير ذلك (ويثبت) الزنا عند الحاكم ظاهرا (بشهادة أربعة) من الرجال يشهدون عليه (بالزنا) أى بلفظ الزنا لانه هو الدال على فعل الحرام (لا بالوطء والجماع) اى بلفظ الوطء والجماع لانهما لا يدلان على ذلك واشتراط الاربعة بالنص وهو قوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم واتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة به عندنا حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف خلافا للشافعى وان كان أحدهم الزوج تقبل شهادته خلافا للشافعى (فيسألهم الامام عن ماهيته) أى ماهية الزنا بقوله ما هو والمراد منه السؤال عن الذات وهو

ادخال

ادخال الفرج فى الفرج (و) عن (كيفيته) بقوله كيف هو لجواز أن تشتبه عليهم فيظنون مادون الزنا زنا لانه يطلق عليه اسمه مجازا كما قال عليه السلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك أو يكذبه (و) عن (مكانه) بقوله أين زنى لجواز أن يكون الزنا فى دار الحرب (و) عن (زمانه) بقوله متى زنى لجواز أن يكون فى زمن الصبا أو فى زمان متقدم (و) عن (المزنية) بقوله من هى لاحتمال حلها له ولاحتمال شبهة تدرأ الحد عنه لاتقف عليها الشهود (فان بينوه) أى فان بين الشهود الزنا بعد سؤال الامام على الوجه المشروح (وقالوا رأيناه) أى الرجل (وطئها) أى المرأة وطأ (كالميل فى المكحلة وعدلوا) على صيغة المجهول أى الشهود تعديلا (سرا وجهرا) فلا يكتفى بظاهر العدالة بخلاف سائر الحقوق احتيالا للدرء (حكم به) أى بموجب الزنا لظهور الحق ويجوز حبسه الى أن يسأل عن الشهود لا أخذ الكفيل لانه نوع احتياط فلا يشرع فيما يبنى على الدرء (و) يثبت الزنا أيضا (باقراره) اى باقرار الزانى (اربعا) أى أربع مرات وقال الشافعى يكتفى باقراره مرة كما فى سائر الحقوق ولنا حديث ماعز رضى الله عنه أنه عليه السلام أخر اقامة الحد عليه الى أن تم اقراره أربع مرات فى أربعة مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب وبه قال مالك (فى مجالسه) أى مجالس المقر (الاربعة) لما روينا وقال ابن أبى ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس وانما يعتبر العدد فقط وعن احمد كذلك (كلما اقر) المقر (رده) القاضى لانه عليه السلام فعل كذلك وقال عمر رضى الله عنه اطردوا المعترفين يعنى بالزنا (وسأله) أى وسأل القاضى المقر بالزنا (كمامر) فى فصل الشهادة وهو ان يسأله عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ومتى زنى ليزول الاحتمال على مامر وقيل لا يسأل عن الزمان لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار والاصح أنه يسأله لاحتمال أنه زنى فى صباه وهذا السؤال يكون بعد ما نظر فى حاله وعرف أنه صحيح العقل كما فعل عليه السلام ولا يكتفى بالكتابة فاذا بين ذلك وظهر زناه سأله عن الاحصان فاذا قال انه محصن سأله عن الاحصان ماهو فان وصفه بشرائطه حكم برجمه ولا يعتبر اقراره عند غير القاضى ممن لا ولاية له فى اقامة الحدود ولو كان أربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه بذلك لانه ان كان منكرا فقد رجع وان كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة لا يحد عند أبى يوسف خلافا لمحمد (فان بينه) أى فان بين المقر ماذكر من الشروط (حده) القاضى لظهور الحق (فان رجع) المقر (عن اقراره قبل) اقامة (الحد او) رجع (فى وسطه) اى فى وسط الحد (خلى سبيله) للشبهة وقال الشافعى وابن أبى ليلى يحد لوجوبه باقراره وبه قال مالك فى رواية وعنه لو ذكر لاقراره تأويلا قبل والا فلا (وندب) أى استحب (تلقينه) اى تلقين القاضى المقر بالرجوع (بلعلك) أى بقوله لعلك (قبلت) تلك المرأة (اولمست اووطئت بشبهة) أو بنكاح أو بملك يمين لانه عليه السلام قال لماعز لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا يارسول الله قال أنكتها ولا تكنى قال نعم فعند ذلك أمر برجمه رواه البخارى وأحمد وأبو داود (فان كان) الذى ثبت عليه الزنا (محصنا رجمه) القاضى (فى) أرض (فضاء حتى يموت) لانه عليه السلام أمر برجم الغامدية وماعز وكانا محصنين وأخرج ماعزا الى الحرة وقيل الى البقيع فرجم بالحجارة حتى مات (يبدأ الشهود به فان ابوا) أى الشهود من البداءة بالرجم (سقط) أى الحد لانه دلالة الرجوع وعند الثلاثة لا يسقط وكذلك يسقط اذا

امتنع واحد منهم أو جنوا أو فسقوا أو قذفوا فحدّوا أو أحدهم أعمى أو أخرس أو ارتد والعياذ بالله تعالى وكذا اذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا أو بعضهم عندهما خلافا لابي يوسف وعنه اذا امتنعوا أو ماتوا أو غابوا رجم الامام ثم الناس وان كان الشهود مرضى لا يستطيعون ان يرموا أو مقطوعي الايدي رجم بحضرتهم بخلاف ما اذا قطعت أيديهم بعد الشهادة (ثم) يبدأ (الامام ثم) يبدأ (الناس) لما روينا من أثر علي رضي الله عنه و يقصدون بذلك مقتله الا أن من كان منهم ذا رحم محرم منه فانه لا يقصد مقتله (ويبدأ الامام) بالرجم (لو) كان الزاني (مقرّا ثم الناس) لانه عليه السلام رمى الغامدية بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس ارموا وكانت أقرّت بالزنا (ولو) كان الزاني (غير محصن جلده) القاضي (مائة) جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة (ونصف) المائة (للعبد) لان الرق منصف للنعمة فكذا العقوبة والباء في قوله (بسوط) يتعلق بقوله جلده أي جلده بسوط (لا ثمرة له) أي لا عقدة له وقيل هي عذبته وذنبه وطرفه لان كل ضربة بها تصير ضربتين وفي الصحاح ثمرة السوط عقد أطرافها وان كان رجل وجب عليه الحدّ وهو ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك اذا ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله كذا في الفتاوى الولوالجية وقوله (متوسطا) نصب على أنه صفة لمصدر محذوف أي جلده جلدا متوسطا وهو أن يكون بين المبرّح وغير المؤلم فان المبرّح يفضي الى الهلاك والثاني لا يحصل به الزجر المشروع من الحدّ (وينزع ثيابه) غير الازار لاتصال الالم والازار لستر العورة (وفرق) الجلد (على بدنه) اى أعضائه كلها وقال الشافعي يخص الظهر بالضرب (الا رأسه وفرجه ووجهه) لان الضرب على الرأس سبب لزوال الحواس وعلى الوجه لانه يزيل المحاسن وعلى الفرج لانه متلف وعن أبي يوسف والشافعي في الاظهر يضرب الرأس ضربة واحدة وعن بعض أصحابنا لا يضرب الصدر والبطن أيضا لانه مقتل كالرأس (ويضرب الرجل) حال كونه (قائما في الحدود) وحال كونه (غير ممدود) لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا والممدود هو الملقى في الارض كما يفعل اليوم وقيل ان يمدّ فترفع يده فوق رأسه وقيل ان يمدّ السوط على جسده عند الضرب فيجرّه عليه وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على المستحق (ولا تنزع ثيابها) أي ثياب المرأة لان في نزعها كشف العورة (الا الفرو والحشو) لانهما يمنعان وصول الالم الى الجسد (وتضرب) المرأة حال كونها (جالسة) لانه أستر لها (ويحفر لها) أي المرأة (في الرجم لا) يحفر (له) أي للرجل لقول أبي سعيد فوالله ما حفرنا لماعز ولا أوثقناه الحديث وقال عبد الله بن بريدة عن ابيه حفرنا للغامدية الى صدرها رواهما مسلم وأحمد وأبو داود (ولا يحدّ) المولى (عبده الا باذن امامه) يعني اذا فوّض اليه وقال الشافعي له أن يقيم عليه الحدّ الذي هو خالص حق الله تعالى اذا عاين السبب أو أقر عنده اذا كان المولى ممن يملك الحدّ بتولية الامام بأن كان بالغا عاقلا حرّا وان ثبت بالبينة فله فيه قولان وفي حدّ القذف والقصاص له وجهان وان كان المولى مكاتبا أو ذمّيا أو امرأة فليس له أن يقيم الحدّ على مملوكه وبه قال مالك وأحمد لقوله عليه السلام اذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليحدّها الحدّ ولا يثرب عليها ثم ان زنت فليحدّها الحدّ ولا يثرب عليها ثم ان زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر متفق عليه ولنا ما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا أربعة الى

الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء وعن على رضى الله عنه مثله والمراد بما روى التسبيب بالمرافعة الى الحكام لا المباشرة بغير اذن الامام أو يكون ذلك اذنا منه عليه السلام للموالى بان يقيموا الحدود عليهم وعندنا تجوز اقامته للمولى باذن الامام (و) شروط (احصان الرجم) سبعة الاول (الحرية) والثانى العقل والثالث البلوغ وأشار اليهما بقوله (والتكليف و) الرابع (الاسلام) لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن وعن أبى يوسف انه ليس بشرط وبه قال الشافعى وأحمد لانه عليه السلام رجم يهوديين قلنا كان ذلك بحكم التوراة قبل نزول آية الجلد فى أول ما دخل عليه السلام المدينة وصار منسوخا بها ثم نسخ الجلد فى حق المحصن والكافر ليس بمحصن لما روينا (و) الخامس (الوطء) والسادس أن يكون الوطء (بنكاح صحيح) لان الاحصان ينطلق عليه قال تعالى فاذا أحصن اى تزوجن والسابع كونهما محصنين حالة الدخول أشار اليه بقوله (وهما) أى الزوجان (بصفة الاحصان) حالة الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لم يكن محصنا وكذلك لو كان الزوج عبدا أو صبيا أو مجنونا أو كافرا وهى حرة مسلمة عاقلة بالغة فان قلت كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة قلت صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام على الزوج (ولا يجمع بين جلد ورجم) يعنى فى المحصن لانه عليه السلام لم يجمع بينهما فى ماعز ولا فى الغامدية ولا فى المرأة التى زنا بها العسيف بل رجمهم من غير جلد وقالت الظاهرية يجلد ثم يرجم (و) لا بين (جلد ونفى) فى البكر وقال الشافعى يجمع بينهما لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة رواه الجماعة الا البخارى والنسائى وبه قال مالك وأحمد ولنا أن النص جعل الجلد مائة والزيادة على مطلق النص نسخ وما رواه منسوخ ولان فى التغريب تعريضها على الفساد ولهذا قال على رضى الله عنه كفى بالنفى فتنة وعمر رضى الله عنه نفى شخصا فارتد ولحق بدار الحرب فحلف أن لا ينفى بعده أبدا وبهذا عرف أن نفيهم كان بطريق السياسة والتعزير لا بطريق الحد لان مثل عمر رضى الله عنه لا يحلف أن لا يقيم الحدود (ولو غرب) الامام الزانى (بما يرى) من التغريب لاجل مصلحة رآها (صح) وكذا فى كل جان ألا ترى أنه عليه السلام نفى المخنث ونفى عمر رضى الله عنه نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا تفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفى ولكن فعل ذلك لمصلحة رآها وقال فى النهاية المراد بالتغريب الحبس وهو أحسن وأسكن للفتنة من نفيه الى اقليم آخر ولهذا كان الحبس حدا فى ابتداء الاسلام دون النفى وحمل النفى المذكور فى قطاع الطريق عليه (والمريض يرجم) لانه لا فائدة فى تأخيره (ولا يجلد) المريض اذا كان غير محصن (حتى يبرأ) من مرضه لانه ليس بمستحق للهلاك فكان مانعا ولهذا لا يقام القطع فى غاية الحر والبرد للافضاء الى الهلاك وعند مالك فى رواية وأحمد فى رواية وبعض الشافعية يضرب بحسب ما يحتمله (والحامل) التى زنت (لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد) لانه يخاف الهلاك على الولد وله حرمة الآدمى وان كان من الزنا لعدم الجناية منه وان كان حدها الرجم يؤخر حتى تضع وعن أبى حنيفة حتى يستغنى الولد عنها لعدم المربى والله أعلم

هذا * (باب) فى بيان أحكام (الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه)

(لاحدّ) بواجب (بشبهة المحل) وهو الموطوأة (وان ظنّ) الواطئ (حرمته) أى حرمة ذلك المحل (كوطء) الاب (امة ولده و) كوطء الاب أمة (ولد ولده) لانّ الشبهة اذا كانت فى المحل يثبت فيها الملك من وجه فلم يبق اسم الزنا فامتنع الحدّ بيان ذلك أنّ قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك يقتضى الملك لانّ اللام فيه للملك (و) كذا (معتدة الكنايات) أى معتدة المطلقة بالكنايات لانّ فيها اختلاف الصحابة رضى الله عنهم فذهب عمر رضى الله عنه أنها رجعية فأورث شبهة وان كان المختار قول على رضى الله عنه وكذا الجارية المبيعة قبل التسليم والبيع الفاسد قبل القبض وبعده وجارية مكاتبه وعبده المأذون له المستغرق بالدين والجارية الممهورة قبل التسليم والجارية المشتركة والمرهونة فى حق المرتهن لانّ استيفاء الدين يقع عليها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك فى الحال فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبيع (و) لا حدّ أيضا (بشبهة الفعل ان ظنّ) الواطئ (حلّه) لقيام الشبهة حتى اذا ظنّ حرمته لا يسقط الحدّ لعدم الملك وبعضه (كمعتدة) الطلاق (الثلاث) لانّ حرمتها مقطوع به فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير أنه بقى فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة أختها وأربع سواها وعدم قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه فحصل الاشتباه فاورث شبهة ان ظنّ حله لانه فى موضع الاشتباه فيعذر (وامة ابويه) لتباين الاملاك بينهم غير أنّ البسوطة تجرى بينهم فى الانتفاع بالاموال والرضا عادة فاذا ظنّ الوطء من هذا القبيل يعذر وفيه خلاف زفر (و) أمة (زوجته) لما ذكرنا (و) أمة (سيده) كذلك وكذا المطلقة على مال وامّ الولد اذا أعتقها مولاها (والنسب يثبت فى) الشبهة (الاولى) وهى الشبهة فى المحل ان ادّعاه ولا يثبت فى الثانية أشار اليه بقوله (فقط) يعنى لا يثبت فى الثانية وان ادّعاه لانّ النسب يعتمد قيام الملك أو الحق فى المحل لانه لا يثبت بدون الفراش والفراش أو شبهته يوجد بأحدهما وفى النوع الاول وجد أحدهما فلم يتمحض زنا ولم يتحقق فى الثانى فتمحض زنا وسقوط الحدّ للشبهة (وحدّ) الواطئ (بوطء امة اخيه و) أمة (عمه وان ظنّ حله) يعنى وان ظنّ أنها تحل له لانه لا بسوطة فى مال هؤلاء فلم يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر وكذا فى سائر المحارم سوى الولاد بخلاف السرقة منهم حتى لا يقطع بها يده لانّ حدّ السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد (و) حدّ أيضا بوطء (امرأة وجدها فى فراشه) وان قال ظننت أنها امرأتى لانّ بعد طول الصحبة لا تشتبه عليه امرأته وعند الثلاثة لا يحدّ وكذا اذا كان أعمى لان امرأته لا تخفى عليه بعد طول الصحبة يعرفها بالجس والنفس والرائحة والصوت الا اذا دعاها فأجابته أجنبية فقالت أنا امرأتك فوطئها فانه لا حدّ عليه لانّ ظنه استند الى دليل شرعى وهو الاخبار وكذا لو قالت أنا فلانة باسم امرأته فواقعها لا يحدّ لما ذكرنا ولو جاءت بولد يثبت نسبه لما يجىء فى المزفوفة وان أجابته ولم تقل أنا امرأتك ولا أنا فلانة يحدّ ولو أكرهها يجب عليه الحدّ دونها ولا يجب عليه المهر عندنا خلافا للشافعى (لا) يحدّ (باجنبية) أى بوطء امرأة أجنبية (زفت) اليه (وقيل) له (هى زوجتك) وكان قد تزوج امرأة ولم يدخل بها لانه اعتمد على دليل شرعى فى موضع الاشتباه ولهذا يثبت نسبه وان كانت شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته لانّ الشارع جعل الاخبار بالملك كالمتحقق دفعا لضرر الغرور عنه ولا يحدّ قاذفه لانه وطء حرام فى غير الملك فيسقط به احصانه وعن أبى يوسف لا يسقط

(وعليه)

(وعليه) أى وعلى واطئ المزفوفة (مهر) لان عليا رضى الله عنه قضى بذلك ولانه سقط الحد فتعين عليه مهر المثل (و) لا يحد أيضا (بمحرم) أى بوطء محرم (نكحها) وهذا هو الشبهة فى العقد سواء كان عالما بالحرمة أولم يكن عند أبى حنيفة ولكن ان كان عالما يوجع بالضرب تعزيرا له وعندهما ان كان عالما يحد فى كل امرأة محرمة عليه على التأبيد أو ذات زوج لان حرمتهن بدليل قطعى وبه قال الشافعى ومالك وأحمد وله أن فيه شبهة الحل وهو النكاح وأما النسب فيثبت عنده خلافا لهما ومن الشبهة فى العقد وطء المتزوجة بغير شهود أو بغير اذن المولى او وطء أمة تزوجها على حرة أو تزوج خمسا فى عقدة فوطئهن أو وطئ مجوسية أو مشركة تزوجها أو جمع بين أختين فى عقدة أو الاخيرة لو متعاقبا فى جميع ذلك لا يجب الحد عنده كيفما كان (و) لا يحد أيضا (بأجنبية) اى بوطء أجنبية (فى غير قبل) يعنى فى دبرها او فى سرتها ونحو ذلك (و) لا (بلواطة) عند أبى حنيفة فى الفصلين وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا فيرجم ان كان محصنا ويجلد ان لم يكن لانه ملحق بالزنا فى المعنى بل أبلغ وبه قالت الثلاثة وعنهم يرجم فى الاظهر لقول ابن عباس انه قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به رواه أحمد وأبو داود وله ان اللواطة لا تساوى الزنا فى كونه اضاعة الولد وافساد الفراش فلا تساويه فى الحد وما روى من الاحاديث فمحمول على السياسة (و) لا يحد أيضا (ببهيمة) أى بوطء بهيمة لانه ليس فى معنى الزنا لنفرة الطبع السليم عنه فلا يجب الحد ولكنه يعزر بالاجماع وعن الثلاثة يحد ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها تذبح وتحرق وان كانت مما تؤكل تذبح وتؤكل عند أبى حنيفة وقالا تحرق هذه أيضا هذا اذا كانت البهيمة للفاعل وان كانت لغيره يطالب صاحبها أن يدفعها اليه بقيمتها ثم تذبح وعن الشافعى لو كانت مما يؤكل تذبح وعليه قيمتها لو لغيره ويأكل منها غيره لا هو وعن مالك يأكل هو منها أيضا وعنه لا تذبح بحال يعنى سواء كانت له او لغيره وعن أحمد لا يأكل هو ولا غيره (و) لا يحد أيضا (بزنا فى دار حرب او) فى دار (بغى) وقال الشافعى يجب لان المسلم ملتزم أحكام الاسلام حيث كان وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود فى دار الحرب واذا سقط فيها لم يقم عليه فى دار الاسلام ولو غزا الخليفة ودخل دار الحرب أو أمير مصر فله أن يقيم الحد على من زنى فى عسكره لان العسكر تحت ولايته ولو زنى واحد منهم خارج العسكر لا يقيم عليه الحد لما ذكرنا (و) لا يجب أيضا (بزنا حربى) مستأمن (بذمية فى حقه) أى فى حق الحربى وأما الذمية فتحد هذا عند أبى حنيفة وكذا لو زنى بمسلمة تحد المسلمة دونه عنده وعند أبى يوسف يحد المستأمن أيضا وعند محمد لا يحد واحد منهما ولو كان بالعكس بان زنى ذمى أو مسلم بمستأمنة يحد الذمى والمسلم دون المستأمنة عندهما وعند أبى يوسف تحد المستأمنة أيضا ولابى يوسف ان المستأمن التزم احكامنا فى دارنا فيحد الا فى شرب الخمر لانه لا يعتقد حرمتها ولمحمد ان الحد سقط فى حق الاصل فأوجب سقوطه فى التبع ولابى حنيفة انه وجد حقيقة الزنا منها فتحد خاصة (و) لا يجب أيضا (بزنا صبى أو مجنون بمكلفة) أى بامرأة عاقلة بالغة اما الصبى والمجنون فبالاجماع وأما المكلفة فهى مذهبنا الا ان الفعل الحاصل منهما لا يكون بوصف يوجب الحد وقال زفر والثلاثة يجب عليها الحد لان امتناع الحد على المطاوع له لا يخل فى حقها (بخلاف عكسه) وهو ما اذا زنى العاقل

البالغ بصبية او مجنونة حيث يجب الحدّ على الرجل بلا خلاف (و) لا يجب ايضا بفعل (الزنا بمستأجرة) أى بامرأة مستأجرة ليزنى بها عند ابى حنيفة ولو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب بلا خلاف وعندهما يجب فى الاوّل أيضا لانه ليس بينهما ملك ولا شبهة ملك فكان زنا محضا وبه قالت الثلاثة وله ما روى ان امرأة طلبت من رجل مالا فابى أن يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضى الله عنه الحدّ عنهما وقال هذا مهرها ولانه تعالى سمى المهر أجرة فصار شبهة ولهذا لو قال أمهرتك كذا لازنى بك لم يجب الحدّ فكذا اذا قال استأجرتك أو خذى هذا لاطأك أو مكنينى من نفسك بكذا (و) لا يجب أيضا بالزنا (باكراه) من سلطان وكان أبو حنيفة أوّلا يقول يجب الحدّ وهو قول زفر والشافعى وأحمد لانّ انتشار الآلة دليل على تحقق الاختيار ولنا ان انتشارها كما يقع طوعا قد يقع طبعا كما فى حق النائم فأورث شبهة يدرأ بها الحدّ (و) لا يجب أيضا (باقرار) أحد الزانيين (ان انكر الآخر) عند أبى حنيفة مطلقا وعندهما ان ادعى المنكر منهما الشبهة بأن قال تزوجتها فهو كما قال وان أنكر بأن قال ما زنيت ولم يدع ما يسقط الحدّ وجب على المقر الحدّ دون المنكر لان اقراره صحيح فيجب وله ان الزنا واحد وقد انعدم فى حق أحدهما فأورث شبهة العدم (ومن زنى بأمة فقتلها) بفعل الزنا (لزمه الحدّ) بالزنا (والقيمة) بالقتل كما اذا زنى بها ثم حز رقبتها وكمن شرب خمر الذمى فانه يحدّ ويضمن قيمة الخمر للذمى وعند أبى يوسف انه لا يحدّ بخلاف ما اذا ذهبت عينها بالزنا حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحدّ لانّ الملك يثبت فى الجثة العمياء بضمان قيمتها وهى عين فأورثت شبهة دارئة للحدّ بخلاف ما اذا هلكت وعلى هذا الخلاف لو تزوجها أو اشتراها بعد ما زنى بها أو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها وان جنت الامة فزنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها الى ولى الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدا فلا حدّ عليه وعليه العقر لانّ من العلماء من قال يملكها فى هذه الصورة فاورث شبهة وان كانت الجناية لا توجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحدّ بالاتفاق وان دفعها بالجناية فعلى هذا الخلاف ولو زنى بالحرة فقتلها به يجب الحدّ مع الدية بالاجماع ولو زنى بكبيرة فافضاها فان كانت مطاوعة له من غير دعوى شبهة فعليهما الحدّ ولا شئ عليه فى الافضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحدّ وان كان مع دعوى شبهة فلا حدّ ولا شئ فى الافضاء ويجب العقر وان كانت مكرهة من غير دعوى شبهة فعليه الحدّ دونها ولا مهر لها ثم ينظر فى الافضاء فان لم يستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة وان كان يستمسك بولها حدّ وضمن ثلث الدية لانه جناية جائفة وان كان مع دعوى شبهة فلا حدّ عليهما ثم ان كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر فى ظاهر الرواية وان لم يستمسك فعليه الدية الكاملة ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى كالكبيرة فيما ذكرنا الا فى سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لا يجامع مثلها فان كانت يستمسك بولها لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حدّ عليه وان كانت لا تستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عندهما وعند محمد يضمن المهر أيضا ويسقط احصانه بهذا الوطء لانه حرام وفى المحيط لو كسر فخذ امرأة فى الزنا أو جرحها ضمن الدية فى ماله وحدّ لانه شبهة العمد والله أعلم (والخليفة يؤخذ بالقصاص) لانه حق العباد فاذا قتل نفسا عمدا بغير حق اما يمكن نفسه من أوليائه فيقتلونه او يستعينون عليه بمنعة المسلمين (و) كذا يؤخذ (بالاموال) لما

ذكرنا

ذكرنا (لا) يؤخذ (بالحد) مثل حد الزنا وشرب الخمر وحد القذف لان الحدود حق الله تعالى وهو المكلف باقامتها فلا يقدر على اقامتها على نفسه لان ذلك بطريق الخزى والنكال فلا يقدم أحد على ذلك وفعل نائبه كفعله لانه بأمره فان لم يقدر لا يشرع بخلاف حقوق العباد والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

أى عن الشهادة (شهدوا) أى شهدت أربعة (بحد متقادم) ولم يمنعهم عن الشهادة على الفور بعدهم عن الامام وحد التقادم شهر روى ذلك عن أبى يوسف ومحمد وقيل ستة أشهر واليه أشار الطحاوى أيضا وعن أبى حنيفة انه مفوض الى رأى القاضى والاول اصح وحده فى شرب الخمر أو السكر بغيرها انقطاع الرائحة خلافا لمحمد هو يجعله كغيره من الحدود والاقرار لا يمنع بالتقادم خلافا لزفر وأشار بقوله (سوى حد القذف) الى أنه لا يمنع فيه التقادم لان فيه حق العبد والتقادم غير مانع فى حقوق العباد ولهذا لم يصح الرجوع عنه بعد الاقرار وقوله (لم يحد) جواب المسئلة وقال الشافعى لا تبطل الحدود بالتقادم كحقوق العباد وبه قال مالك وأحمد ولنا قول عمر رضى الله عنه أيما قوم شهدوا فى حد لم يشهدوا به عند حضرته فانما هم شهود ضغن ولا شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنا ونحوه كان مخيرا بين الاداء وبين الستر مع انه أفضل فتأخيره بعد ذلك ثم شهادته تدل على تهمة الضغينة والمتهم لا تسمع شهادته ولو كان تأخيره لمرض أو لبعد المسافة تقبل اجماعا (ويضمن) المشهود عليه (المال) فى السرقة المتقادمة لان التقادم يمنع الشهادة بالحد للتهمة ولا يمنع بالمال فصار نظير ما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة فانه يجب فيه المال ولا يجب فيه القطع وفى بعض النسخ ويضمن السرقة (ولو ثبتوا) أى الشهود (زناه) أى زنا رجل (بغائبة) أى بامرأة غائبة (حد) لانه ثبت بالحجة فيجب الحد وكذا اذا اقر أنه زنى بغائبة لانه عليه السلام رجم ماعزا والغامدية حين أقرا بالزنا بغائبين (بخلاف السرقة) يعنى فيما اذا شهدوا انه سرق من فلان الغائب حيث لا يجب الحد لان الغيبة تفوت الدعوة وهى شرط فى السرقة دون الزنا فان قلت ينبغى أن لا يحد فى الزنا أيضا حتى يحضر الغائب لاحتمال ان يدعى النكاح فيكون شبهة قلت دعوى النكاح شبهة لاحتمال الصدق فتعتبر واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر لان اعتبارها يؤدى الى سد باب الحدود ولا ينتقض هذا بالقصاص اذا كان بين شريكين وكان أحدهما غائبا لا يتمكن الحاضر من الاستيفاء لاحتمال العفو من الغائب لان العفو حقيقة المسقط واحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة (وان اقر) رجل (بالزنا بمجهولة) اى بامرأة مجهولة لا يعرفها (حد) لانه لو كانت امرأته أو امته لعرفها الا انه لا تخفيان عليه ولا يعتبر الاحتمال البعيد بأن كانت أمته بجهة من الجهات كالارث وهو لا يعرف ذلك أو بالتوالد من مملوكاته أو من مملوكات آبائه لان ذلك يؤدى الى انسداد باب الحدود (وان شهدوا) أى الشهود (بذلك) اى بأنه زنى بامرأة لا نعرفها (لا) يحد لانه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته بل هو الظاهر لان المسلم يمنعه دينه عن ارتكاب المحرم ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوأة أن يكون زنا بخلاف ما اذا لم يعرفها الزانى (كاختلافهم) أى كما لا يجب الحد فى اختلاف الشهود (فى طوعها) أى فى طوع المرأة يعنى شهدت أربعة بأنه زنى بامرأة ولكن شهد اثنان بأنها مستكرهة وآخران شهدا بانها طائعة قال أبو حنيفة لا يحد أحد لانهم شهدوا

بفعلين مختلفين أحدهما يوجب حدين والآخر يوجب حدا واحدا فلا يحد أحد وبه قال زفر وقالا يحد الرجل دون المرأة لانهم اتفقوا على زنا موجب للحد في حقه وهو قول بعض الشافعية (أو) كاختلافهم (في البلد) بأن شهد اثنان انه زنى بها بالكوفة واثنان انه زنى بها بالبصرة لا يحد احد لاختلاف المشهود به لان الفعل يختلف باختلاف الاماكن ولا يحد الشهود أيضا عندنا وقال زفر يحدون لانهم قذفة قلنا ان كلامهم وقع شهادة صورة فاسقط الحد عنهم وقوله (ولو) شهدت (على كل زنا اربعة) واصل بما قبله يعني لا يجب الحد على أحد في اختلاف الشهود في البلد وان تكمل النصاب في حق كل واحد بان شهدت اربعة انه زنى بها بالبصرة مثلا وأربعة بانه زنى بها بالكوفة ولكن يشترط أن يذكروا وقتا وحدا بان شهد كل طائفة بأنه زنى بها وقت طلوع الشمس يوم الخميس مثلا للتيقن بكذب احد الفريقين ولا تحد الشهود هنا أيضا لما ذكرنا (ولو اختلفوا) أي الشهود (في بيت واحد) بأن شهد اثنان على الزنا في زاوية البيت والآخران في زاوية أخرى وكان البيت صغيرا تقبل الشهادة استحسانا فاذا قبلت (حد الرجل والمرأة) والقياس أن لا تقبل الشهادة ولا يجب الحد على أحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهاؤه في زاوية أخرى بانتقالهما اليه بالاضطراب وكذا لو اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن أن يمتد الزنا اليها تقبل لامكان التوفيق وكذا اذا اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حال الزنا تقبل وفيه خلاف زفر وفي المحيط واذا كان البيت كبيرا لا تقبل الشهادة (ولو شهدوا) أي الشهود (على زنا امرأة و) الحال انها (هي) أي المرأة (بكر) بأن قالت النساء هي بكر وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه فلم يحد أحد اما الرجل والمرأة فلظهور كذب الشهود بيقين وأما الشهود فلتكامل عددهم ولفظ الشهادة صورة وكذلك لو شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فلا يحد أحد لما ذكرنا (أو) شهدوا (و) الحال أن (الشهود فسقة) على وزن فعلة بفتح العين جمع فاسق لم يحد أحد أيضا اما الرجل والمرأة فباعتبار عدم الثبوت بشهادتهم واما الشهود فلانهم من أهل التحمل والاداء وان كان في ادائهم قصور لتهمة الكذب ولهذا لو قضى القاضي بشهادة الفاسق نفذ عندنا فثبت الزنا من وجه ولهذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على ان المقذوف قد زنى سقط عنه الحد بخلاف القاتل حيث لا يسقط عنه القود باقامة الشهود الفسقة على ان أولياء المقتول قد عفوا لان القود مرتب على نفس القتل وهو متيقن به فلا يسقط بالاحتمال بخلاف حد القذف لانه لا يجب بالقذف بل بالعجز عن اقامة البينة (او شهدوا) أي أو شهدت أربعة (على شهادة اربعة) بالزنا لم يحد أحد أيضا لاحتمال الكذب في شهادة الاصول وفي شهادة الفروع ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال تنصب للحاجة ولا حاجة في الحدود الى البدل ولا حد على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنا وانما حكوا شهادة الاصول والحاكي للقذف لا يكون قاذفا وان جاء الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل شهادتهم وهو معنى قوله (وان شهد الاصول أيضا) وهو واصل بما قبله وانما لم تقبل شهادتهم لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين تلك الحادثة ولم يحدوا أيضا لما ذكرنا وقوله (لم يحد أحد) جواب المسائل الثلاث أي أحد من المشهود عليهما والشهود من الاصول

والفروع

والفروع (ولو كانوا) اى الشهود (عميانا او) كانوا (محدودين) فى قذف (او) كانوا (ثلاثة) أنفس (حد الشهود) لان شهادة العميان والمحدودين لم يثبت بها المال مع انه يثبت بالشبهة فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات وشهادة الثلاثة قذف لعدم النصاب (لا) يحد (المشهود عليه) لعدم ثبوت الزنا (ولو حد) رجل بشهادة أربعة (فوجد أحدهم) أى أحد الاربعة (عبدا أو) وجد (محدودا) فى قذف (حدوا) أى الشهود لانهم قذفة (وارش ضربه) أى ضرب المحدود (هدر) عند أبى حنيفة فلا يجب على أحد لانه امامن خرق الجلاد أو من رقة بشرة المضروب فلا يضمنه أحد وقالا يجب على بيت المال لان تلف النفس قد حصل به وقد ظهر خطأ الامام فيجب فى بيت المال كما فى الرجم وبه قالت الثلاثة ومعرفة الارش أن يقوم المجلود عبدا سليما عن هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر وينظر ما نقص به القيمة فينقص من الدية مثله وعلى هذا الخلاف لو مات من الضرب تجب الدية فى بيت المال عندهما خلافا له وكذا لو رجع الشهود وقد جرحته السياط أو مات من الضرب لا يضمنون عنده خلافا لهما (وان رجم) رجل بشهادة أربعة ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا (فديته) أى دية المرجوم (على بيت المال) بالاجماع لانه حصل بقضاء القاضى وهو خطأ منه وخطؤه فى بيت المال لان عمله يقع للمسلمين فيجب غرمه فى مالهم (فلو رجع احد الاربعة) من الشهود (بعد الرجم حد) الراجع وكذا كلما رجع واحد منهم يحد لان كلامه عند الرجوع قذف وقال زفر لا يحد لان كلامه وقع شهادة (وغرم) أى ضمن الراجع (ربع الدية) وكذا كلما رجع واحد منهم يضمن ربع الدية لان تلف النفس بشهادتهم فيضمنون ولا قتل عليهم عندنا خلافا للشافعى فعنده يقتلون لكونهم سببا (و) لو رجع أحد الشهود (قبله) أى قبل الرجم (حدوا) أى الشهود كلهم عندهما وقال محمد حد الراجع وحده ان رجع بعد القضاء وبه قال الشافعى وزفر لان القضاء حصل بالشهادة فرجوعه يبطل شهادته فى حقه لا فى حق غيره ولهما ان الامضاء فى باب الحدود ملحق بالقضاء فصار كانه رجع قبل القضاء وثمة يحدون جميعا (ولا رجم) على المشهود عليه لعدم ثبوت الزنا (ولو رجع احد الخمسة) الذين شهدوا عليه بالزنا بعد الرجم (لا شئ عليه) أى على الراجع من الضمان والحد لان المعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع وعند الثلاثة المعتبر رجوع من رجع الا فى رواية عنهم كقولنا هذه فى الصورة لا شئ على الراجع بالاجماع (فان رجع) شاهد (آخر) مع الخامس (حدا) لانفساخ القضاء بالرجم فى حقهما وفيه خلاف زفر (وغرما) أى الراجعان من الخمسة (ربع الدية) لما قلنا وعلى أصل الثلاثة يضمنان خمسى الدية (وضمن المزكون دية المرجوم) فيما اذا شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوهم جماعة يضمنون (ان ظهروا) حال كونهم (عبيدا) وهذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم هذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يضمنون والدية فى بيت المال لانهم يثنون على الشهود فصار كما لو أثنوا عليهم بالاسلام بالشرط الحجة فيضاف التلف الى قضاء القاضى وبه قالت الثلاثة وله ان الشهادة انما تصير حجة بالتزكية فكانت فى معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها وان ثبتوا على شهادتهم ولم يرجعوا لم يضمنوا بالاجماع وهذا اذا أخبروا بالحرية اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لم يضمنوا بالاجماع لانهم صادقون فى ذلك اذ الرق لا ينافى العدالة (كما) يجب الضمان بالاتفاق وهو الدية (لو قتل من أمر) أى من أمره القاضى (برجمه) أى برجم شخص

الشهادة أربعة عليه بالزنا (فظهروا) أى الشهود (كذلك) أى عبيدا أو ظهروا كفارا والمراد انه
قتله عمدا بأن ضرب عنقه بعد تعديل الشهود وقضاء القاضى به والقياس أن يجب القصاص
لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان قضاء القاضى أورث شبهة الاباحة فلم
يجب الا الدية فى ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب فى ثلاث سنين لانها وجبت بنفس
القتل بخلاف الواجب بالصلح حيث يجب حالا لانه وجب بالعقد فأشبه الثمن فى البيع وفى الكافى
وان شهد أربعة على رجل بالزنا وأمر الامام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة وقبل
التعديل يجب القود فى العمد والدية فى الخطا على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء
بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ فلا شئ عليه معناه اذا لم توجد الشهود عبيدا أو
كفارا وأما اذا وجدوا عبيدا أو كفارا فقد بيناه (وان رجم) المشهود عليه (فوجدوا) أى
الشهود (عبيدا فديته) أى فدية المرجوم (فى بيت المال) لانه فعل بامر الامام فينتقل اليه (ولو قال
شهود الزنا تعمدنا) أى قصدنا (النظر) الى فرج الزانى أو الزانية (قبلت شهادتهم) وقيل لا تقبل
لان النظر الى عورة الغير فسق وانما تقبل اذا وقع اتفاقا من غير قصد ونحن نقول يباح النظر
ضرورة تحمل الشهادة لانه قلما يتفق نظر الاربعة من غير قصد كالميل فى المكحلة ولان التعمد
فيه للحاجة جائز كالطبيب والخافضة والختان والقابلة وهنا أقوى لاقامة الحسبة وتقليل
الفساد (ولو انكر) المشهود عليه بالزنا (الاحصان) بأن أنكر الدخول بعد وجود سائر
الشروط (فشهد عليه) بالاحصان (رجل وامرأتان) فيما اذا لم يكن له ولد من حرة مسلمة عاقلة
(او ولدت زوجته منه) أى من هذا المنكر فى مدة يمكن ان يتصور كونه منه (رجم) فى الوجهين
جميعا خلافا لزفر والشافعى فالشافعى مر على أصله ان شهادتهن لا تقبل فى غير المال وتوابعه
وزفر يقول لا تقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء ونحن نقول ان الشهادة بالاحصان فى
هذه الحالة بمنزلة الشهادة به فى غير هذه الحالة فلا يشترط فيها الذكورة وكيفية الشهادة به أن
يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها ولو قالوا دخل بها يكفى عندهما خلافا لمحمد
وان رجع شهود الاحصان لا يضمنون خلافا لزفر رحمه الله

هذا (باب) فى بيان احكام (حد الشرب)

(من شرب خمرا) وهو الني من ماء العنب اذا غلى واشتد (فأخذ) والحال ان (ريحها) أى ريح
الخمر (موجود أو كان) المأخوذ (سكران) بأى شئ كان من المسكرات (ولو) كان سكره (بنبيذ)
من الانبذة المحرمة (وشهد) عليه (رجلان) بأنه شرب الخمر (أو أقر) المأخوذ (مرة) واحدة
(حد ان علم شربه) حال كونه (طوعا) أى طائعا (وصحا) من سكره وقد عرفت ان شرط وجوب
الحد خمسة اشياء الاول كون ريح الخمر موجودا فيمن شرب الخمر لقول ابن مسعود رضى الله عنه
فيمن شرب الخمر تلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وشرط وجود
الرائحة فى شرب الخمر ولا يشترط فيه السكر على ما يجيء ان شاء الله تعالى وقال محمد والثلاثة
وجود الرائحة ليس بشرط لان عثمان رضى الله عنه أقام الحد على الوليد بن عقبة بشهادة
الشهود ولم يشترط وجود الرائحة ولنا ما روينا وحديثه محمول على انهم جاؤا به من بعيد والثانى
وجود السكر فى غير الخمر من الاشربة المحرمة لقوله عليه السلام فى السكران ان سكر فاجلدوه

ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاضربوا عنقه رواه أحمد وأبو داود وقال الترمذى كان القتل فى أول الامر ثم نسخ لانه عليه السلام أتى برجل شرب الخمر فجلده ثم أتى به فجلده الى أن جلده أربع مرّات ورفع القتل واحتجت الظاهرية بظاهر الحديث حتى انهم قالوا يقتل فى الرابعة وما أحسن هذا فى هذا الزمان لو يفتى به والثالث شهادة رجلين أو اقراره مرّة واحدة وقال ابو يوسف لابدّ فى الاقرار من مرّتين وبه قال زفر والرابع أن يكون شربه طوعا لانّ الشرب مكرها لا يوجب الحدّ والخامس أن يكون صاحيا ليفيد الضرب فائدته (وان أقرّ بشرب الخمر (او شهدا) أى الاثنان (بعد مضى ريحها) أى ريح الخمر (لا) اى لم يكن تأخيرهم (لبعد المسافة) فانه اذا أخذ فى مكان بعيد فلما أتى به الى الامام لم يوجد منه رائحة الخمر فههنا يحد لقيام العذر وقد مرّ ان محمدا لم يشترط وجود الرائحة (او وجد منه) أى من الماخوذ (رائحة الخمر) بدون اقرار ولا بينة (أو تقايأها) اى الخمر (او رجع) المقرّ بالسكر أو شرب الخمر (عما أقرّ او اقرّ) وهو (سكران) وفسر السكر بقوله (بان زال عقله) وهو أن لا يعرف الارض من السماء ولا الرجال من النساء ولا يعرف شيأ هذا عند أبى حنيفة وعندهما من يهذى ويخلط جده بهزله وعليه أكثر المشايخ وعند الشافعى المعتبر ظهور أثر السكر فى مشيه وحركاته واطرافه (لا) يجب الحد فى هذه الصور كلها اما اذا أقرّ بعد ذهاب رائحتها أو شهد عليه الشاهدان بذلك فللتقادم وهو مقدر به وهو زوال الرائحة عندهما خلافا لمحمد فانه يقدر التقادم بمضى الزمان ان كان ذلك بالشهادة كما فى الزنا وغيره وان أقرّ به يصح مطلقا ولا يبطل بالتقادم واما اذا وجد منه رائحة الخمر أو تقايأها فلانه يحتمل انه شربها مكرها أو مضطرا والرائحة محتملة أيضا فلا يجب الحدّ بالشك فان قلت كيف هذا وقد شرطتم فى الاوّل رائحة الخمر وههنا لم توجبوا الحد بنفس الرائحة لاحتمال الاشتباه قلت التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه أو نقول الاحتمال فى نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء وأما اذا رجع عن اقراره فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه واما اذا أقرّ وهو سكران فلان الاقرار يحتمل الكذب وفى اقراره زيادة الاحتمال فأورث شبهة فلا يعتبر فيما يندرئ بالشبهات مثل الزنا والشرب ونحوهما الا أنه يقبل اقراره فى السرقة فى حق المال لانه من حقوق العباد بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص وغيرهما من حقوق العباد لانه لا يحتمل الرجوع وبخلاف ما اذا أزنى أو سرق أو شرب فى حالة السكر حيث يجب عليه الحد بخلاف ارتداده حيث لا يعتبر ولا تبين منه امرأته وعند أبى يوسف ارتداده كفر ولو أسلم ينبغى أن يصح اسلامه كاسلام المكره وهذا اذا سكر بالمحرّم واما اذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب والعسل والدواء فلا تعتبر تصرّفاته كلها لانه بمنزلة الاغماء (وحد السكر) من الاشربة المحرّمة وغيرها (و) حد (الخمر ولو) شرب منها (قطرة ثمانون سوطا) وقال الشافعى أربعون لما روى عن أنس رضى الله عنه انّ النبى عليه السلام ضرب فى الخمر بالجريد والنعال وضرب أبو بكر أربعين وبه قال أحمد فى رواية ولنا قول على رضى الله عنه انه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون جلدة رواه الدارقطنى ومالك بمعناه وعليه اجماع الصحابة وما رواه كان بجريدتين والنعلين فكان كل ضربة بضربتين فكان حجة

لنا والذي يدل على هذا قول أبي سعيد جلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر
بنعلين فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه جعل بدل كل نعل سوطا رواه أحمد وفي الصحيح ان
عثمان رضي الله عنه أمر عليا أن يجلد الوليد ثمانين (وللعبد) أي لاجله (نصفه) أي نصف
الثمانين وهو أربعون سوطا لان الرق منصف (وفرق) الثمانون (على بدنه) لان تكرار الضرب
في موضع واحد قد يفضي الى التلف وانما قال (كحد الزنا) تنبيها على انه يتوقى المواضع التي
استثنيت في حد الزنا وهي الرأس والوجه والفرج على الخلاف المذكور هنالك وينزع عنه
الفرو والحشو ويجرد عن ثيابه في المشهور عن أصحابنا لان سببه متيقن به كحد الزنا بخلاف حد
القذف لان سببه غير متيقن به لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه وعن محمد لا يجرد اظهارا
للتخفيف بخلاف حد الزنا والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (حد القذف)

وهو في اللغة الرمي مطلقا ومنه القذافة للمقلاع والتقاذف الترامي وفي الشرع رمي مخصوص
وهو الرمي بالزنا صريحا وهو القذف الموجب للحد وشرطه احصان المقذوف وعجز القاذف
عن اثباته بالبينة ولو قال لي بينة حاضرة في المصر أمهله القاضي الى آخر المجلس وعن أبي يوسف
انه يؤخره الى المجلس الثاني ولو شهدوا عليه بزنا متقادم سقط الحد عن القاذف استحسانا (هو)
أي حد القذف (كحد الشرب كمية) أي من حيث الكمية وهي العدد وهو ثمانون جلدة
(وثبوتا) أي من حيث الثبوت وهو انه انما يثبت بشهادة رجلين كحد الشرب ولا تسمع فيه
شهادة النساء (فلو قذف) رجل رجلا (محصنا او) قذف امرأة (محصنة بزنا) بان قال يا زاني
أو زنيت ولو قال جامعت فلانة حراما أو فجرت بها أو نحوه لا يجب عليه الحد لان الجماع الحرام
قد يكون بنكاح فاسد (حد) القاذف (بطلبه) أي بطلب المقذوف لانه حقه ضربا (مفرقا)
على أعضاء القاذف لما ذكرنا في حد الشرب ولا بد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف
رتقاء أو مجبوبا لا يجب عليه الحد وكذا قذف الاخرس لا يوجب الحد لان طلبه بالاشارة
ولعله لو كان ينطق لصدقه (ولا ينزع عنه) أي عن القاذف (غير الفرو والحشو) لانهما يمنعان
وصول الالم ولا ينزع غيرهما اظهارا للتخفيف للاحتمال في سببه بخلاف حد الزنا والشرب
لان سببهما متيقن به (واحصانه) أي احصان المقذوف (بكونه مكلفا) أي عاقلا بالغا (حرا
مسلما عفيفا عن زنا) فهذه خمس شرائط تدخل تحت قوله تعالى والذين يرمون المحصنات
فاذا فقد واحد منها لا يكون محصنا (فلو قال لغيره لست لابيك أو لست بابن فلان في) حالة
(غضب) ومشاجرة (حد) القائل اذا كانت أمه محصنة لانه قذف لامه حقيقة لانه اذا كان
من غير ابيه المنسوب اليه كان من الزنا ضرورة وشرط أن يكون في غضب لانه في غير حالة
الغضب قد يراد به المعاتبة أي انت لا تشبه أباك في المروأة والسخاء فلا يحد مع الاحتمال وفي حالة
الغضب يراد به الحقيقة وكذا اذا قال انك ابن فلان لغير أبيه يحد اذا كان في حالة المشاتمة وفي
حالة الرضا لا يحد والقياس أن لا يكون قذفا في الاحوال كلها للاحتمال وجه الاستحسان
ماروي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة أو نفي رجل من أبيه بخلاف
ما اذا نفي الولادة عن أبويه بان قال لست بابن فلان ولا فلانة حيث لا يجب عليه الحد في الاحوال

كلها وكذا اذا قال لست لامّك فلا يحد كذا فى التحفة لانه صدق لانّ النسب الى الآباء لا الى الامّهات (وفى) حالة (غيره) أى غير الغضب (لا) يحد لما ذكرنا ثم مثل عدم الحد ههنا بمسائل لا يجب الحد فيها بقوله (كنفيه) أى كنفى القائل لغيره (عن جده) لانه صادق فى كلامه فانه ابن ابنه لا ابن جده (و) كنحو (قوله لعربى) أى منسوب الى العرب وهم الجيل المعروفة وكل من سكن بلاد العرب وجزيرتها ونطق بلسان أهلها فهو عرب (يا نبطى) نسبة الى النبط وهم جيل من الناس بسواد العراق فهم ممن يذم أحد بالنسبة اليهم وعند مالك والشافعى فى قول وأحمد فى رواية يحد اذا نوى به الشتم وكذا لا يحد فى نسبته الى غير قبيلته وعن مالك يحد فى كل نسبة لحقه العار عربيا أو عجميا (و) كنحو قوله لغيره (يا ابن ماء السماء) لانه مبالغة فى التشبيه بماء السماء وهو الوصف فى الجود والسخاء واللطف والصفاء وكان عمر بن حارثة يلقب بماء السماء لكرمه (و) كذا لا يحد (بنسبته) أى بنسبته غيره (الى عمه وخاله وراببه) بتشديد الباء وهو الذى رباه لانه ينسب اليهم عادة مجازا وقال أشهب يحد فى نسبته الى هؤلاء عند المشاتمة (ولو قال) لغيره (يا ابن الزانية و) الحال ان (أمه ميتة فطلب الوالد أو) طلب (الولد أو) طلب (ولده) أى ولد الولد (حدّ) لانه قذف محصنة بعد موتها ولهؤلاء مطالبته بوقوع القدح فى نسبتهم بقذفها وعن محمد لا تثبت المطالبة لولد البنت ويجوز الطلب لولد الولد مع قيام الولد خلافا لزفر وكذا لو كان أصل المحصن أو فرعه كافرا أو عبدا فله أن يطالب بالحد خلافا لزفر وعند الشافعى لا يثبت هذا الحق الا للوارث حتى لا يكون لابنه الكافر والعبد وأولاد بنته المطالبة وهذا مبنى على أنّ الغالب فيه حق العبد عنده فيورث وعندنا حق الله تعالى فلا يورث (ولا يطالب ولد وعبد أباه وسيده) فقوله أباه يرجع الى الولد وقوله سيده يرجع الى العبد (بقذف أمه) لانهما لا يعاقبان بسببهما حتى سقط القصاص بقتلهما وهذا بالاجماع الا فى رواية عن مالك يطالب أباه بقذف أمه (ويبطل) حدّ القذف (بموت المقذوف) وعند الشافعى لا يبطل وبه قال مالك وأحمد وهذا مبنى على الاصل الذى ذكر آنفا (لا) يبطل (بالرجوع) عن الاقرار لانه حق العبد وعلى أصل الثلاثة ينبغى أن يبطل به (و) لا يبطل أيضا (بالعفو) عن القاذف على الاصل المذكور وعلى أصلهم يبطل به وكذا على الخلاف على الاصل المذكور لا يجوز الاعتياض عنه ولا عدم التداخل وعن أبى يوسف ان عفوه يصح لانتهاء الخصومة به (ولو قال) رجل لغيره (زنأت فى الجبل) بالهمز (وعنى) أى قصد (الصعود) على الجبل (حدّ) عندهما ولا يصدق لانه همز حرف اللين وذا من عادة العرب وقال محمد يصدق ولا يحد لانه يراد به الصعود فى اللغة وقد نوى حقيقة اللفظ وبه قال الشافعى ولو لم يعن به الصعود يحدّ اجماعا ولو قال زنأت على الجبل قيل يحد وقيل لا (ولو قال) رجل لغيره (يا زانى وعكس) أى المخاطب بأن قال لا بل أنت زان (حدّا) يعنى يحد ان كلاهما لانّ كل واحد قاذف (ولو قال) رجل (لامرأته يا زانية وعكست) المرأة بأن قالت لا بل أنت (حدّت) المرأة لانّ قذفها يوجب الحد وقذفه يوجب اللعان فيبدأ بالحد لانّ فى بداءته فائدة وهو ابطال اللعان لانّ المحدود فى القذف ليس بأهل للعان وهو معنى قوله (ولا لعان) ولا ابطال فى عكسه اصلا لانّ الملاعنة تحد حد القذف لانّ احصانه لا يبطل باللعان والمحدودة لا تلاعن لسقوط الشهادة به فيحتال لدفع اللعان اذ هو فى معنى الحد (ولو قالت) المرأة فى جواب الرجل فى المسائل المذكورة (زنيت بك

قوله عمر بن حارثة كذا بخط المؤلف والذى فى النهاية والزيلعى والبناية للمؤلف عامر بن حارثة اه من هامش

باطلا) أى الحد واللعان لاحتمال أن تريد به قبل النكاح فيكون ذلك تصديقا له منها بانها زنت فيسقط اللعان ويجب عليها الحد لانها قذفته وأن تريد به حال قيام النكاح ولكن سمته زنا للمقابلة لاجل غضبها فلا تكون مصدقة له ولا قاذفة له فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه فوجب كل واحد منهما فى حال دون حال فلم يجب واحد منهما بالشك وكذا لو قالت زنيت معك بدل قولها زنيت بك لاحتمال المذكور ولو قالت زنيت بك قبل أن أتزوجك تحد المرأة دونه ولو كان ذلك كلامع امرأة أجنبية حدت المرأة دونه (وان أقر) رجل (بولد ثم نفاه) اى نفى نسبه منه (يلاعن) لان نفى ولد امرأته يوجب اللعان ولم يوجد ما يبطل ذلك من تصديق او تفريق (وان عكس) الحكم الاول بان نفاه أولا ثم أقر بانه ولده (حد) الرجل ولا يلاعن لانه لما أقر بعد ما نفاه سقط اللعان ووجب الحد لاكذابه نفسه (والولد له) اى للرجل يعنى يثبت نسب الولد منه (فيهما) اى فى الوجهين لاقراره سابقا أو لاحقا (ولو قال) فى المسئلة المذكورة (ليس) الولد (بابنى ولا بابنك بطلا) اى الحد واللعان لانه انكر الولادة اصلا فيكون انكارا للزنا بل هو انكار للوطء فلا يجب بمثله حد ولا لعان ولهذا لو قال لاجنبى لست بابن فلان ولا فلانة وهما ابواه لا يجب عليه شئ (ومن قذف امراة لم يدر) اى لم يعلم (ابو ولدها) سواء كان الولد حيا او ميتا (او) قذف امراة (لاعنت بولد) بان كان اللعان بينها وبين زوجها بنفى ولد قيد بالولد لانها اذا لاعنت بغير ولد يحد قاذفها لعدم أمارة الزنا (أو) قذف (رجلا وطئ فى غير ملكه او) وطئ (امة مشتركة او) قذف رجلا (مسلما) قد كان (زنى فى كفره او) قذف (مكاتبا مات عن وفاء لا يحد) فى الوجوه كلها اما فى الاول والثانى فلوجود امارة الزنا واما فى الثالث والرابع فلعدم العفة والاصل فيه أن كل من وطئ وطأ حراما لعينه لا يحد قاذفه وان كان محرما لغيره حد قاذفه فالوطء فى غير الملك من كل وجه كالاجنبية أو من وجه كالامة المشتركة او فى الملك والحرمة مؤبدة كامته التى حرمت عليه بالرضاع أو بالمصاهرة بشرط أن يكون ثبوت حرمتها بالاجماع او بالخبر المشهور عند أبى حنيفة يسقط الاحصان حتى لا يحد قاذفه وذكر الكرخى أنه لا يسقط الاحصان به والصحيح الاول ومن الحرمة لعينه جارية ابيه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامة المستحقة والمكره على الزنا ومنها اذا زنى بامرأة ثم اشترى امها او بنتها او تزوجها فوطئها او زنى ابوه بامراة ثم تزوجها الابن او اشتراها فوطئها وكذا لو تزوج محارمه ودخل بها او جمع بين الاختين او غيرهما من المحارم او تزوج امة على حرة فوطئها كل ذلك يسقط الاحصان وان كانت الحرمة غير مؤبدة كامته المتزوجة والمجوسية لا يسقط احصانه بوطئها وكذا اذا اشترى امة شراء فاسدا او كان فى ملكه أمتان اختان فوطئهما او احداهما او وطئ مكاتبته او الحائض او امرأته التى ظاهر منها او المحرمة بالايلاء كل ذلك لا يسقط به الاحصان ولو نظر الى فرج امرأة او لمسها بشهوة ثم تزوج امها او بنتها او اشتراها فوطئها لا يسقط احصانه عند ابى حنيفة خلافا لهما واما فى الخامس فلانه صادق فيه لان الزنا يتحقق من الكافر حربيا كان او ذميا فى دار الاسلام أو فى دار الحرب فيسقط به احصانه واما فى السادس فلتمكن الشبهة فى حرية المكاتب المذكور لان الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى موته حرا أو عبدا فأورث شبهة والاحصان لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك (وحد قاذف واطئ امة مجوسية و) قاذف واطئ (حائض و) قاذف واطئ (مكاتبة) لان ملكه ثابت فيها

عندهما خلافا لابي يوسف (و) كذا حد قاذف (مسلم نكح أمه فى) حالة (كفره) أو غيرها من المحارم عند ابى حنيفة وعندهما لا يحد قاذف هذا وهو مبنى على ان نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد وقد مر فى النكاح (و) حد (مستأمن قذف مسلما) لانه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يحد لان الغالب فيه حق الله تعالى ثم رجع الى ما ذكر (ومن قذف) مرارا رجلا واحدا او اكثر (اوزنى) مرارا عديدة (اوشرب مرارا فحد فهو) اى الحد الواحد الذى حد به يقع (للكل) اى لحصول المقصود وللتداخل فى العقوبات بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب حيث يحد لكل واحد حده لعدم حصول المقصود بالبعض لاختلاف الاسباب والاغراض فعلى هذا لو جلد للقذف الا سوطا ثم قذف آخر فى المجلس فانه يتم الاول ولا شئ عليه للثانى للتداخل ولو ضرب للزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانيا حد حدا مستأنفا ولو كان ذلك فى القذف ينظر فان حضر الاول الى القاضى يتم الاول ولا شئ للثانى وان حضر الثانى وحده يجلد جلدا مستأنفا للثانى وبطل الاول ولو قذف عبد فأعتق ثم قذف آخر فأخذه الاول فضرب أربعين ثم أخذه الثانى يتم له ثمانون وقال الشافعى رضى الله عنه ان حد القذف لا يتداخل الا اذا قذف جماعة بكلمة واحدة أو واحدا بزنا واحد وقد مر أصله فيه

هذا (فصل فى) بيان أحكام (التعزير) وهو من العزر وهو الرد والردع وأجمعت الامة على وجوبه فى كبيرة لا توجب الحد ثم هو قد يكون بالحبس وبالصفع وبتعريك الاذان وبالكلام العنيف وبالضرب وقد يكون بنظر القاضى اليه بوجه عبوس وليس فيه شئ مقدر وانما هو مفوض الى رأى الامام على ما تقتضى جناياتهم وقيل هو على مراتب تعزير أشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول القاضى له بلغنى أنك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضى والخصومة فى ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقية بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخساء بهذا كله والضرب وعن أبى يوسف أن التعزير بأخذ الاموال جائز للامام وفى المنية رأى رجلا مع امرأته يزنى بها أو مع محرمه وهما مطاوعان قتل الرجل والمرأة جميعا ويثبت التعزير بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لانه من جنس حقوق العباد ولهذا يقبل فيه الشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه وشرع فى حق الصبيان والتكفيل (ومن قذف مملوكا أو) قذف (كافرا بالزنا) بأن قال يا زانى أو زنيت ونحوهما (أو) قذف (مسلما يا) أى بقوله يا (فاسق يا كافر يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطى يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث) وهو الذى لا غيرة له فى أهله وقيل الذى يتحقق ان امرأته على غير الطريق فيسكت عليه (يا مخنث) وهو الذى يؤتى كالمرأة (يا خائن يا ابن القحبة) والقحبة هى التى تأتى بالخبر بين الفتى والفتاة من جهة الزنا وفى عرف الناس اليوم القحبة هى التى تتقحب أى تخرج الى الفاحشة وهى أفحش من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتأنف منه والقحبة من تجاهر به بالاجرة وفى العباب القحبة كلمة مولدة وقال ابن دريد القحبة الفاسدة الجوف من داء ومنه اشتقت الفاجرة غير أن العرب لم تعرف هذا الاسم (يا زنديق) وهو الذى يبطن الكفر ويظهر الاسلام (يا قرطبان) وهو الذى يرى مع امرأته أو محرمه رجلا فيدعه خاليا بها وقيل هو السبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح قلت هو المعنى الذى يقصده العوام اليوم

بقولهم معرّس وهو بكسر الراء وبالسين المهملة وتلحن فيه العوام ويفتحون الراء ويأتون بالصاد وقيل القرطبان هو الذي يبعث امرأته مع غلام بالغ أو مع مزارعه الى الضيعة أو يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته (يا مأوى الزواني) وهو الذي يأوي اليه النساء الزانيات (أو يا مأوى (اللصوص يا حرام زاده) يعني يا مولود الحرام وزاده بفتح الزاي وسكون الالف وفتح الدال المهملة وفي آخره هاء ساكنة ومعناه المولود وقد عرف أن المضاف اليه يتقدم على المضاف في لغة العجم وقوله (عزر) جواب المذكور كله أما في قذف المملوك والكافر فلانه قذف صريح بالزنا لكن شرط اقامة الحد وهو الاحصان هو مفقود فتعين التعزير الا أنه لا يبلغ به غايته في الاول والرأي في الثاني الى الامام وفي فتاوى الولوالجي لو قال يا ابن الفاجرة يا ابن الفاسقة يا ابن القحبة يعزر (و) لو قذف مسلما (بيا) أي بقوله يا (كلب يا تيس يا سارق يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغاء) وهو على وزن فعال بالتشديد من البغي بمعنى الظلم وبمعنى الزنا وفي عرف الناس البغاء هو المخنث وفي شرح الوقاية لفظ البغاء من شتم العوام يتفوهون به فلا يعرفون ما يقولون وفيه نظر (يا مؤاجر) وهو من يؤاجر أهله للزنا ولكن معناه الحقيقي المتعارف لا يؤذن بالزنا يقال أجرت الاجير مؤاجرة اذا جعلت له على فعله أجرة (يا ولد الحرام يا عيار) على وزن فعال بالتشديد يمكن أن يكون من العير وهو الطبل أو العار وهو السبة والعيب وحكى الفراء رجل عيار اذا كان كثير التطواف والحركة ذكيا (يا ناكس يا منكوس) على وزن فاعل ومفعول من نكس الرجل نكسا فهو منكوس يقال تعسا له ونكسا وقيل النكس من القوم المقصر عن غاية النجدة والكرم والنكس أيضا الضعيف وكل ذلك صفة للذم (يا سخرة) بضم السين وسكون الخاء وهو الذي يسخر منه وأما سخرة بضم السين وفتح الخاء فهو الذي يسخر من الناس (يا ضحكة) بضم الضاد وسكون الحاء وهو الذي يضحك عليه الناس وأما بفتح الحاء فهو الذي يضحك عليهم (يا كشحان) قيل هو الذي تكون امرأته سليطة بذية اللسان وقال الليث الكشحان ليس من كلام العرب ومعناه الديوث الذي لا غيرة له فان أعرب قيل كشحان على وزن فعلال بكسر الفاء (يا ابله) يقال رجل ابله بين البله والبلاهة وهو الذي غلبت عليه سلامة الصدر وقد بله بالكسر وتبله والمرأة بلهاء (يا موسوس) من الوسواس بكسر الواو وهو حديث النفس أو من الوسواس بفتح الواو وهو اسم الشيطان وقوله (لا) يعزر جواب المذكور كله لانه صريح الكذب فلا يلحق به العار وحكى الهندواني انه يعزر في زماننا في مثل قوله يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم في عرفنا وقال شمس الأئمة السرخسي الاصح عندي انه لا يعزر وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يعد سبا في حقه وتلحقه الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا أحسن ما قيل فيه ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة لو قال يا خنزير أو يا حمار عزر ولو قال لرجل صالح ذي المروأة يا فاسق يا لص يا مشرك يا كافر يا زنديق عزر ولو قال يا ابن القرطبان عزر وكذا لو قال يا جيفة يا خبيث يا سفيه كذا في الاجناس ولو قال يا ابن الحجام وأبوه ليس بحجام أو يا ابن الاسود وأبوه ليس كذلك أو قال أنت حجام أو مفتصد أو رستاقي لا تعزير فيه وفي فتاوى الولوالجي لو قال يا لاشيء أو يا منتوق لا يجب عليه التعزير وكذا لو قال يا ساحر يا مقامر يا ضحكة ثم قال هكذا ذكر في بعض المواضع وفيه نظر والظاهر أنه يجب وقال أيضا لو قال يا بليد

يا قذر

ياقذر يجب التعزير لانه ألحق الشين به وقال الصدر الشهيد يجب التعزير في قوله يامقامر وقال الحاكم في الكافي ان قال يايهودي أو يانصراني أو يامجوسي أو ياابن اليهودي لاحد عليه ويعزر (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا) عندهما وعند أبي يوسف تسعة وسبعون سوطا وعنه خمسة وسبعون وعنه انه يقرب كل جنس الى جنسه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف لغير المحصن أو للمحصن بغير الزنا من حد القذف صريحا وعنه انه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره فابو يوسف اعتبر أدنى الحد في الاحرار ثم نقص سوطا في رواية وهو القياس وهو قول زفر وخمسة في أخرى وهو ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده وهما نظرا الى أدنى الحد وهو حد العبد في القذف وهو أربعون فنقصا منه سوطا وعند مالك لاحد له ويفوض الى الحاكم وعند الشافعي وأحمد في العبد تسعة عشر (وأقله) أي أقل التعزير (ثلاثة) أي ثلاث جلدات وهكذا ذكر القدوري فكأنه يرى أن مادونها لايقع به الزجر وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف الاشخاص فلامعنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا الى رأي القاضي يقيمه بقدر مايرى المصلحة فيه على مابين التفصيل فيه وعليه المشايخ رحمهم الله وهو قول الثلاثة (وصح حبسه) أي حبس المعزر (بعد الضرب) اذا كان فيه مصلحة لانه قد لايحصل الغرض بذلك القدر من الضرب (وأشد الضرب التعزير) لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود وهو الانزجار ويتقي المواضع التي تتقي في الحدود وعن أبي يوسف انه يضرب فيه الظهر والالية فقط وذكر في حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء (ثم حد الزنا) لان جنايته أعظم حيث شرع فيه الرجم (ثم) حد (الشرب) لان جناية الشرب مقطوع بها بمشاهدة الشرب والاحضار الى الحاكم بالرائحة (ثم) حد (القذف) لان سببه يحتمل جواز صدق القاذف وقد جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة التي تنزلت منزلة قطع لسانه فيخفف من حيث الوصف وعند مالك الكل سواء وعن أحمد حد الزنا أشد من التعزير (ومن حد أو عزر فمات فدمه هدر) يعني لايجب به شئ على أحد لان اقامة الحد من الواجبات والواجب لايجامع الضمان كالفصاد والبزاغ اذا لم يتجاوز المعتاد وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لانه اذا مات يكون خطأ من الامام فضمان خطئه فيما يقيمه من الاحكام في بيت المال (بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الزينة أو) لترك (الاجابة اذا دعاها الى فراشه أو) لاجل (ترك الصلاة) المفروضة (أو) ترك (الغسل) من الجنابة (أو) لاجل (الخروج من البيت) بغير اذنه فهذه خمسة أشياء يجوز للرجل أن يضرب زوجته فيها مقيدا بشرط السلامة فاذا ماتت يجب الضمان فان قلت يرد على هذا اذا جامع امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها حيث لايجب عليه شئ عند أبي حنيفة ومحمد وان كان الجماع مباحا ولم يقيداه بشرط السلامة قلت انما لايجب لاجل وجوب ضمان المهر في ابتداء ذلك الفعل فلو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لايجوز والله تعالى أعلم

* هذا (كتاب) في بيان أحكام (السرقة) *

هي على وزن فعلة بفتح الفاء وكسر العين من سرق يسرق من باب ضرب يضرب وهو في اللغة أخذ الشئ خفية بغير اذن صاحبه مالا كان أو غيره وفي الشرع (هي) اي السرقة (أخذ مكلف)

أى عاقل بالغ فلا يتعلق بسرقة المجنون والصبى شئ (خفية) أى من حيث الخفية والاستسرار ابتداء وانتهاء اذا كانت السرقة بالنهار وابتداء لاغير اذا كانت بالليل كما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة جهرا يقطع أيضا لانه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف فيه بالخفية ابتداء لامتنع القطع فى أكثر السراق لاسيما فى ديار مصر بخلاف النهار لانه وقت يلحقه فيه الغوث وانما شرط أن يكون خفية على زعم السارق حتى لو دخل دار انسان فسرق وأخرجه من الدار وصاحب الدار يعلم ذلك والسارق لا يعلم أنه يعلم قطع وان كان يعلم ان صاحب الدار يعلم ذلك لا يقطع لانه جهر وانتصاب (قدر) على انه مفعول المصدر أعنى قوله أخذ مكلف وهو مضاف الى قوله (عشرة دراهم) وهى نصاب السرقة عندنا وعند الشافعى قدر ربع دينار وعند مالك قدر ثلاثة دراهم لما روى انه عليه السلام قطع فى ثمن مجن ثمنه ثلاثة دراهم رواه الجماعة وفى لفظ قيمته ثلاثة دراهم غير أن الشافعى قال كانت قيمة الدينار على عهد النبى عليه السلام اثنى عشر درهما والثلاثة ربعها والربع هو المعتبر قلنا قال ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم كانت قيمة المجن الذى قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم ولما اختلفوا فى قيمة المجن مع اتفاقهم أن النصاب مقدر به ذهبنا الى الاكثر للتيقن به لان أحدا لم يقل ان العشرة لم يقطع فيها وما دونها مختلف فيه فلا يجب القطع للشك والمعتبر فى هذه الدراهم وزن سبعة مثاقيل كما فى الزكاة وقوله (مضروبة) بالجر لانه صفة للعشرة وأشار بها الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع وعلى هذا أوانى الفضة أو الزيوف اذا سرقها ووزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع وقيل المضروبة وغير المضروبة فيه سواء والاول أصح وتثبت القيمة بقول رجلين عدلين لهما معرفة بالقيم وقوله (محرزة) نصب على الحال من العشرة أى محفوظة بالحرز ولما كان الحرز بشيئين أشار اليهما بقوله (بمكان) وهو ما يعد لاحراز الامتعة فيه كالدور والبيوت والصندوق والحانوت ونحوها (أو حافظ) كمن جلس فى الصحراء أو فى المسجد أو فى الطريق ومعه متاع يحفظه وسواء كان نائما أو مستيقظا أو كان المتاع عنده بحضرته أو تحته هو الصحيح (فيقطع) أى اذا كان كذلك تقطع يده بالقيود المذكورة (ان أقر مرة) عندهما وعند أبى يوسف لا يقطع الا اذا أقر مرتين فى مجلسين مختلفين لانه حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود وبه قال زفر وأحمد ولهما أن الاقرار مرة تظهر فيكتفى به كما فى القصاص وذكر بشر رجوع أبى يوسف الى قولهما (أو شهد رجلان) لانه حد فلا يقبل فيه الا شهادة الرجال ويجب أن يسألهم الامام عن ماهية السرقة وكيفيتها ومكانها وزمانها ويسأل المسروق منه هل هو أجنبى أو قريب من السارق أو زوج ويحبسه الى أن يسأل للتهمة بخلاف التعزير على ما مر (ولو) كان السراق (جمعا) أى جماعة (و) الحال أن (الآخذ بعضهم قطعوا) أى الجميع كلهم (ان أصاب الكل) واحد منهم (نصاب) أى عشرة دراهم لان المعتاد بينهم أن يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع ولو لم يصب الكل نصاب لا قطع وقال مالك يقطعون بنصاب واحد كالقصاص قلنا القصاص يتعلق بسبب لا يتجزأ وهو ازهاق الروح فينسب الى جميعهم بخلاف السرقة وسواء فى ذلك خرجوا معه من الحرز أو بعده أو خرج هو بعدهم فى فورهم لان بذلك يحصل التعاون وفيه خلاف زفر وهو

يقول

يقول ان الاخراج من الحرز يتحقق من الحامل فيقتصر عليه ولو كان فيهم صغيرا ومجنون سقط الحد عن الباقين عندهما وقال أبو يوسف ان تولى الاخذ الصغير أو المجنون لا يجب عليهم القطع وان أخذ الكبار العقلاء وجب (ولا يقطع) السارق (بخشب) أى بسرقة خشب الا العاج والابنوس فانه يقطع فيهما والا الخشب المعمول لانه وجدت فيه صنعة تربى قيمته على قيمة الاصل (وحشيش) أى حشيش كان حتى الوسمة والحناء وقيل فيهما القطع فى بلادنا لانهما يحرزان (وقصب وسمك) سواء كان طريا أو مالحا (وطير) بجميع أنواعه حتى البط والدجاج والحمام وفى شرح الطحاوى لا قطع على سارق الطير سواء كان صيد البر أو صيد البحر وفى الجامع الصغير رجل سرق طيرا يساوى عشرة دراهم لا يقطع وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه قال بعضهم أراد به الطير الذى يكون صيدا سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لانه بمعنى الاهلى وقال بعضهم لا يجب القطع فى جميع الطيور وهذا القول أصح (وزرنيخ) بأنواعه (ومغرة) بالفتحات الثلاث والغين المعجمة ويجوز تسكين غينها وهى الطين الاحمر (ونورة) بالواو ولا بالهمزة لان هذه الاشياء مباحة الاصل وكان القياس القطع فى الزرنيخ لانه يحرز ويصان فى دكاكين العطارين كسائر الاموال وعند الشافعى يقطع بكل مال لو كان نصابا الا فى التراب والماء والسرقين والاشربة المطربة لانه مال محرز وبه قال مالك وأحمد وهو رواية عن أبى يوسف (و) كذا لا يقطع فى (فاكهة رطبة) بأنواعها حتى العنب والرطب فى الاصح (أو) سرقها وهى (على شجر) لانها مما يتسارع اليه الفساد ولذلك قال عليه السلام لا قطع فى ثمر ولا كثر رواه أبو داود وغيره والكثر بفتح الكاف والثاء المثلثة الجمار وهو شئ أبيض لين يخرج من رأس النخلة وقال أبو عبيد الكثر جمار النخل فى كلام الانصار وهو الجذب أيضا وقال ابن دريد أهل العراق يسمون الجمار الجذب وقال صاحب الهداية وقيل الودى وهو الفسيل وهو صغار النخل قلت هذا التفسير لم يثبت فى قوانين اللغة وذكر المطرزى من قال الكثر الحطب أو صغار النخل فقد أخطأ وفى الصحاح الجمار شحم النخل وفيه خلاف الثلاثة أيضا (و) كذا لا يقطع (فى لبن ولحم) سواء كان طريا أو قديدا لما ذكرنا وفيه خلاف الثلاثة أيضا وكذا لا يقطع فى الطعام فى القحط للضرورة وفى المنتقى لم يفصل بين الطعام وغيره وقد جاء فى حديث عمر رضى الله عنه لا قطع فى عام سنة ولا فى عذق معلق (و) كذا لا يقطع فى (زرع لم يحصد) لانه لم يوجد فيه الاحراز (و) كذا لا يقطع فى (أشربة) مطربة أو غير مطربة بخلاف الخل والعسل فانه يقطع فيهما بالاجماع وفى المجرد قال أبو حنيفة لا قطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة وفى نوادر أبى يوسف لا قطع فى الرب والجلاب (و) كذا لا يقطع فى (طنبور) بضم الطاء وطبل ودف ومزمار وبربط لانه يتأول فيها الانكار والامر بالمعروف وعند بعض الشافعية يقطع فى دف وأخواته اذا بلغ نصابا بعد نقص ماليته وفى فتاوى الولوالجى رجل سرق طبلا للغزاة وهو يساوى عشرة تكلموا فيه والمختار انه لا يقطع فيه لانه كما يصلح للغزو يصلح للهو فتمكنت الشبهة (و) كذا لا يقطع فى (مصحف ولو) كان (محلى) وقال الشافعى يقطع لانه مال متقوم وبه قال مالك وأحمد وهو رواية عن أبى يوسف وعنه انه يقطع اذا بلغت حليته نصابا قلنا يتأول فيه القراءة والحلية تبع له (و) كذا لا يقطع فى (باب مسجد) لعدم الاحراز (و) كذا لا يقطع فى (صليب ذهب وشطرنج)

بكسر الشين (ونرد) بفتح النون وهو الذى تلعبه الافرنج لتأول الكسر بخلاف الدراهم التى عليها التمثال ويقطع عند الشافعى وبعض الحنابلة فى الصليب الذهب والشطرنج والنرد وعن أبى يوسف أن صليب الذهب اذا كان فى المصلى أى موضع صلاتهم لا يقطع وان كان فى بيت آخر يقطع (و) كذا لا يقطع فى (صبى حر ولو) كان (معه حلى) لان الحر ليس بمال وما عليه تبع له وقال أبو يوسف يقطع اذا كان عليه حلى يبلغ النصاب وبه قالت الثلاثة والخلاف فى غير المميز وفى المميز لا يقطع اجماعا وان كان عليه حلى لانه خداع (و) كذا لا يقطع فى (عبد كبير) لانه غصب (ودفاتر) لان المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولو سرق الكواغد والجلود قبل الكتابة يقطع وفى الغاية والمراد من الدفاتر صحائف فيها كتابة من عربية أو شعر أو حديث أو تفسير وغير ذلك بخلاف دفاتر الحساب وهى دفاتر أهل الديوان حيث يقطع فيها اذا بلغت نصابا لان المقصود من أخذها الاوراق وقال الشارح وفى دفاتر الادب روايتان فى رواية ملحقة بالحساب وفى رواية ملحقة بالاحاديث والتفسير والفقه (بخلاف) سرقة العبد (الصغير) والمراد به غير المميز لانه مال وليس له يد معتبرة على نفسه فصار كالدواب وقال أبو يوسف لا يقطع فيه كما فى الكبير والمميز لانه آدمى وان كان مالا من وجه وان كانت قيمته أقل من نصاب وفى اذنه شئ مثله يقطع باعتبار الضم (و) بخلاف دفتر الحساب لانه لا يقصد ما فيها وكان المقصود كاغدها كما ذكرنا فيقطع اذا بلغت نصابا وعند الثلاثة يقطع فى الكل وقوله (وكلب) عطف على ما ذكر من الاشياء التى لا يقطع فيها لانه مباح الاصل (و) كذا لا يقطع فى (فهد) لانه مثل الكلب (و) كذا لا يقطع فى (دف وطبل وبربط ومزمار) لما ذكرنا مع الخلاف فيها وكان ينبغى أن يذكر هذه الاشياء عند قوله وطنبور (و) كذا لا يقطع (بخيانة ونهب واختلاس) لقوله عليه السلام ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وصححه الترمذى والانتهاب والاختلاس الاختطاف لكن اختلاس الاختطاف بالتغافل وقيل الانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية والاختلاس أن يأخذ من اليد بسرعة جهارا (و) كذا لا يقطع (بنبش) أى بسبب نبش القبور وأخذ الكفن منها سواء كان القبر فى بيت مقفول أو كان فى الصحراء لقوله عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة وقال أبو يوسف يقطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه وبه قالت الثلاثة قلنا هذا غير مرفوع بل هو من كلام زياد وذكر فى آخره من قتل عبده قتلناه ومن جدع جدعناه ولا يكاد يثبت هذا أبدا ولئن ثبت فهو محمول على السياسة فيمن اعتاد ذلك ونحن نقول بذلك اذا رأى الامام فيه مصلحة (و) كذا لا يقطع فى سرقة (مال عامة) وهو مال بيت المال (او) مال (مشترك) بينه وبين المسروق منه للشبهة (و) كذا لا يقطع فى السرقة من مدينه (مثل دينه) من جنسه والدين حال لانه استيفاء لدينه وان كان مؤجلا يقطع قياسا ولا يقطع استحسانا وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه فيصير شبهة وان سرق من خلاف جنس حقه فان كان نقدا لا يقطع فى الصحيح لان النقدين جنس واحد حكما وان كان عروضا يقطع لانه ليس باستيفاء وانما هو استبدال فلا يتم الا بالتراضى وعن أبى يوسف لا يقطع (و) لا يقطع أيضا (بشئ) أى بسرقة شئ قد (قطع فيه و) الحال انه (لم يتغير) عن حالته الاولى وان تغير بأن كان غزلا فسرقه فقطع فيه ثم رده الى صاحبه فنسجه أو نحو ذلك ثم سرقه يقطع

فيه ثانيا والقياس أن يقطع وان لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي ورواية عن أبي يوسف لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المالية فلا يقطع (ويقطع) السارق (بسرقة الساج) بالجيم وهو شجر عظيم جدا ولا ينبت الا في بلاد الهند ويحمل منها الى سائر البلاد (والقنا) مقصور جمع قناة وهي خشبة الرمح ألفها منقلبة عن الواو (والابنوس) بفتح الباء معرّب (والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ) لانّ هذه الاشياء من أعز الاموال فصارت كالذهب والفضة وفي الاختيار لا قطع في العاج ما لم يعمل فاذا عمل فيه شيء قطع فيه ولا قطع في الزجاج مطلقا وقيل في المصنوع يقطع ويقطع في العود والمسك والادهان والورس والزعفران والعنبر لما ذكرنا وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر هشام عن محمد لا قطع في اللؤلؤ والياقوت ونحو ذلك لانّ أصله مباح كالزرنيخ ونحوه (و) كذا يقطع في (الاواني) المتخذة من الخشب كالقصاع والجفان (والابواب المتخذة من الخشب) اذا كانت في الحرز وكانت خفيفة لا يثقل حملها على الواحد لانه لا يرغب في سرقة الابواب الثقيلة وان كانت مركبة على الباب لا يقطع فيها لانها غير محرزة وكذا لا يقطع في البوارى والآجر والفخار بخلاف الحصير البغدادى حيث قالوا يجب القطع فيها اذا بلغت نصابا قلت وكذلك الحصير الاسكندرانى

* هذا (فصل في) بيان أحكام (الحرز) وهو في اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذي يحرز فيه الشيء أي يحفظ وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة أو الشخص بنفسه والمراد من الحرز ما لا يعدّ صاحبه مضيعا (ومن سرق من ذي رحم محرم) منه لا يقطع لانه مأذون شرعا في دخول حرزهم وقال الشافعي يقطع لاطلاق النص وبه قال مالك وأحمد ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم مال غيره لا يقطع لعدم الحرز وبالعكس يقطع لوجوده وينبغي أن لا يقطع في الولاد للشبهة وقوله (لا برضاع) نفي الحكم السابق يعني يقطع اذا كانت المحرمية بسبب الرضاع والحكم المذكور منفي ونفي النفي اثبات والمعنى انه اذا سرق من بيت أبيه من الرضاع أو ابنه أو أخيه ونحو ذلك يقطع لعدم الشبهة وعن أبي يوسف أنه لا يقطع اذا سرق من أمه من الرضاع لانه يدخل عليها عادة بخلاف أخته من الرضاع قال الشارح وقوله لا برضاع لا حاجة الى اخراجه لانه لم يدخل في ذي الرحم المحرم قلت ليس كذلك لجواز أن يكون ذا رحم من النسب ومحرما من الرضاع فحينئذ يحتاج الى اخراجه (و) كذا لا يقطع اذا سرق الزوج (من زوجته و) كذا اذا سرقت الزوجة من (زوجها) لجريان الانبساط بين الزوجين في الحرز والمال وقال الشافعي في قول يقطع لاطلاق النص وبه قال مالك وأحمد وفي قول آخر يقطع في الزوج فقط وعن مالك اذا سرق من بيت سوى البيت الذي هما فيه يقطع (و) كذا لا يقطع اذا سرق العبد من (سيده و) كذا اذا سرق من (زوجته) أي زوجة سيده (و) كذا اذا سرق من (زوج سيدته) لانه مأذون له في الدخول عادة (و) كذا اذا سرق الرجل من (مكاتبه) لانه له حقا في أكسابه ولهذا لا يجوز له أن يتزوج أمة مكاتبه (و) كذا اذا سرق من (ختنه) وهو زوج كل ذي رحم محرم منه (وصهره) وهو كل ذي رحم محرم من امرأته وهذا عند أبي حنيفة وقالا يقطع في الفصلين لعدم الشبهة في المال والحرز وبه قالت الثلاثة وله انّ الخلوة معهن مباح والدخول عليهن للزيارة

معتادفا ورث شبهة (و) كذا لا يقطع اذا سرق (من مغنم) للشبهة (و) كذا اذا سرق من (حمام) لاختلال الحرز هذا بالنهار وأما بالليل فانه يقطع وعند الثلاثة يقطع مطلقا اذا كان فيه حافظ وعن أبي حنيفة اذا سرق ثوبا من تحت رجل في حمام يقطع كما لو سرق من المسجد وصاحبه عنده وظاهر المذهب انه لا يقطع لانه حرز مكاني الا أنه اختل بسبب الاذن في دخوله فلم يعتبر الحرز بالحافظ بخلاف المسجد لانه ليس بحرز أصلا فاعتبر فيه الحرز بالحافظ وأفتى به محمد رحمه الله (و) كذا لا يقطع اذا سرق من (بيت اذن في دخوله) كالخانات وحوانيت التجار اذا كانت السرقة نهارا فلو سرق منها ليلا يقطع وقوله (لم يقطع) جواب المسائل المذكورة كلها (ومن سرق من المسجد متاعا وربه) أي صاحبه (عنده قطع) لانه محرز بالحافظ (وان سرق ضيف ممن أضافه أو سرق شيأ ولم يخرجه من الدار لا) يقطع اما في الاول فلانتفاء الحرز بالاذن وأما في الثاني فلعدم تحقق الاخذ من كل وجه (وان أخرجه) أي الشئ المسروق (من حجرة الى الدار) أي الى صحنها بان كانت الدار كبيرة وفيها حجر ومنازل وفي كل حجرة مقصورة وهي مكان يستغني به أهله عن الانتفاع بصحن الدار فيكون اخراجه اليه كاخراجه الى السكة لان كل مقصورة حرز على حدة (أو أغار) شخص (من أهل الحجر) على أهل (حجرة) أخرى فيما اذا كانت الدار كبيرة لانها بمنزلة المحلة بخلاف ما اذا كانت صغيرة فان حكمها حكم مكان واحد فلا يقطع الساكن ولا المأذون له بالدخول فيها اذا سرق من بعض مقاصيرها (أو نقب) السارق البيت (فدخل وألقى شيأ) من متاع البيت (في الطريق) ثم خرج (ثم أخذه) يقطع عندنا وقال زفر لا يقطع لانه ان رماه وتركه أو أخذه غيره لا يقطع فكذا اذا أخذه بنفسه ولنا أنه يخرج من الحرز بنفسه فتمت السرقة بخلاف ما اذا تركه لانه مضيع لا سارق (أو حمله على حمار فساقه وأخرجه) لان سير الحمار مضاف اليه وقوله (قطع) جواب المسائل الاربعة كلها (وان ناول) السارق المسروق شخصا (آخر من خارج) البيت بعد النقب والدخول فيه لم يقطع المناول لانه لم يوجد منه الاخراج ولا الخارج لانه لم يوجد منه هتك الحرز وعن أبي يوسف أن على الداخل القطع على كل حال وأما الخارج فان أدخل يده يقطع والا لا وبه قال الشافعي (أو أدخل يده في بيت) من النقب (وأخذه) فكذلك لا يقطع لما روى عن علي رضي الله عنه اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل كيف ذلك قال أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخل هو وفيه خلاف أبي يوسف أيضا (أو طر) أي شق (صرة خارجة من كم) فكذلك لا يقطع لان الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز ولو كان مكان الطر حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس العلة وعن أبي يوسف أنه يقطع في الاحوال كلها توضيحه اذا حل الرباط وأخذ الدراهم فان كان الرباط خارجا والدراهم في باطن الكم قطع لانه يحتاج الى أن يدخل يده وان كان الرباط داخلا والدراهم في ظاهر الكم فحل الرباط لم يقطع والصرة هي الخرقة التي تشد فيها الدراهم والمراد ههنا هو الكم المشدود فيه الدراهم يقال صررت الدراهم أصرها صرا اذا شددتها (أو سرق من قطار بعيرا أو) سرق (حملا) من ظهر دابة فكذلك لا يقطع لعدم الحرز وقوله (لا) يقطع جواب المسائل الخمس كلها (وان شق الحمل وأخذ منه) أي من الحمل (أو سرق جوالقا) بضم الجيم (فيه متاع و) الحال أن (ربه) أي صاحبه (يحفظه أو نائم عليه) أي على

الجوالق (أو أدخل يده فى صندوق) صيرفى (أو) أدخل يده (فى جيب غيره أو) فى (كمه فأخذ المال قطع) فى الكل لوجود السرقة من الحرز والله أعلم

* هذا (فصل فى) بيان (كيفية القطع واثباته) * أى اثبات القطع (تقطع يمين السارق من الزند) وهو الرسغ لقراءة ابن مسعود رضى الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهى مشهورة فجاز التقييد بها وأما كونه من الزند فلما صح أنه صلى الله عليه وسلم قطع السارق من الزند وهو حجة على من قال تقطع الاصابع فقط وعلى الخوارج فى قولهم تقطع من المنكب (ويحسم) بالحاء المهملة أى يكوى كى ينقطع الدم لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه ثم احسموه رواه الدارقطنى (و) يقطع (رجله اليسرى ان عاد) الى السرقة لقوله عليه الصلاة والسلام ان عاد فاقطعوه وعليه الاجماع (فان سرق ثالثا) لا يقطع ولكنه (يحبس حتى) أى الى أن (يتوب ولم يقطع) فى المرة الثالثة وقال الشافعى تقطع يده اليسرى وفى الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه وبه قال مالك ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم حين حجهم على رضى الله عنه بقوله انى لاستحى من الله تعالى أن لا أدع له يدا يبطش بها ورجلا يمشى عليها ولم يحتج أحد منهم بالمرفوع فدل على عدمه وما رواه لم يثبت قال الطحاوى تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشىء منها أصلا ولهذا لم يقتل فى الخامسة وان ذكر فيما روى ولئن صح فهو محمول على السياسة أو على النسخ ثم شبه عدم القطع فى الثالثة بقوله (كمن سرق) أى كما لا يقطع من سرق (و) الحال أن (ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء) لان فيه تفويت جنس المنفعة وهو البطش أو المشى (أو) كانت (اصبعان منها) أى من اليسرى مقطوعة أو شلاء (سواها) أى سوى الابهام لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء لان فوتها لا يوجب خللا فى البطش ظاهرا (او) الحال أن (رجله اليمنى مقطوعة) لا تقطع رجله اليسرى لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانت يده اليمنى شلاء أو ناقصة الاصابع فانه يقطع فى ظاهر الرواية لان استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز (ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه) بأن أمره الحاكم بقطع يمناه سواء قطعها عمدا أو خطأ عند ابى حنيفة لانه أخلفه خيرا وقالا يضمن فى العمد لانه خالف الامر وبه قال الشافعى ومالك وقال زفر يضمن فى الخطا أيضا وهو القياس هذا اذا عين له الامام أو الحاكم اليمنى بأن قال له اقطع يمين هذا وأما اذا أطلق بأن قال له اقطع يده ولم يعين لا يضمن القاطع بالاتفاق وكذا لو أخرج السارق يساره وقال هذه يمينى لانه قطعه بأمره هذا كله اذا كان بأمر الامام وأما اذا قطعه أحد قبل أن يقضى القاضى ولم يؤمر به يجب القصاص فى العمد والدية فى الخطا اتفاقا ويسقط القطع عن السارق لانه مقطوع اليد ويجب عليه ضمان ما سرق لعدم القطع حدا (وطلب المسروق منه شرط القطع) حتى لا يقطع وهو غائب لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق فى ذلك بين الشهادة والاقرار وقال الشافعى لا حاجة الى حضوره فى الاقرار دون البينة وقال ابن أبى ليلى لا يشترط حضوره أصلا وفى البدائع اذا أقر أنه سرق من فلان الغائب يقطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبى يوسف لا (ولو) كان المسروق منه (مودعا) بفتح الدال (او) كان (غاصبا او) كان (صاحب الربا) وهذا واصل بما قبله يعنى الخصومة شرط ولو كان واحدا من هؤلاء فيقطع بخصومته وكذا بخصومة المستعير

والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن والاب والوصى ومتولى الوقف وكل من له يد حافظة وقال زفر والشافعى لا يقطع الا بخصومة المالك لان شبهة الاذن بالاخذ أو التمليك قائمة من المالك فالقطع لا يجب بالشبهة ولنا ان هذه سرقة ظهرت بحجة كاملة بخصومة معتبرة لثبوت حقهم فى الانتفاع واليد كالمالك (ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم) أى من المودع والغاصب وصاحب الربا كما مر بيانه (لا) يقطع (بطلب المالك او) طلب (السارق لو سرق من سارق بعد القطع) صورته قطع سارق بسرقة فسرقت منه بعد القطع لم يكن للسارق ولا للمالك أن يقطع السارق الثانى لان المال غير متقوم بعد القطع فى حق الاول فلم ينعقد موجبه للقطع بخلاف ما اذا سرق منه قبل أن تقطع يده حيث يكون له ولرب المال القطع وليس للاول ولاية الاسترداد فى رواية وفى رواية له ذلك ليرده على المالك (ومن سرق شيأ ورده) أى الشئ المسروق (قبل الخصومة الى مالكه) لم يقطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة وعن أبى يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة وهذا ظاهر فيما اذا ردها بعد القضاء بالقطع وكذا اذا ردها بعد ما شهد الشهود قبل القضاء استحسانا ولو ردها على ولده أو ذى رحمه ان لم يكن فى عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما وان كان فى عياله فهو كرده الى المالك فلا يقطع ان كان قبل المرافعة وكذا لو ردها على امرأته أو أجيره مسانهة أو مشاهرة أو عبده ولو رده الى والده أو جده أو والدته أو جدته وليس فى عياله لا يقطع لان لهؤلاء شبهة الملك ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع (أو ملكه) أى أو ملك السارق المسروق (بعد القضاء) بالقطع لم يقطع أيضا لان الامضاء من القضاء فى الحدود ولم يوجد كتغير أوصاف الشهود بالعمى والخرس والردة والفسق فى هذه الحالة وعن أبى يوسف انه يقطع وهو قول زفر والشافعى وأحمد فى رواية لوجود السرقة الموجبة للقطع (أو ادعى) السارق (أنه) أى المسروق (ملكه) بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة عليه لا يقطع أيضا للشبهة وقال الشافعى يقطع ما لم تقم بينة حتى لا ينسد باب الحد (او نقصت قيمته) أى قيمة المسروق (من النصاب) من حيث السعر بعد القضاء قبل القطع لم يقطع أيضا وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعى وأحمد لوجود النصاب عند الاخذ ولنا ان النصاب لما كان شرطا اشترط قيامه عند الامضاء ولو نقصت قيمته بنقصان العين بأن كانت قيمته يوم سرق عشرة دراهم ويوم القطع أقل فانه يقطع وقوله (لم يقطع) جواب المسائل الاربعة (ولو أقرا) أى لو أقر اثنان (بسرقة ثم قال أحدهما هو) أى المسروق (مالى لم يقطعا) سواء ادعيا قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لان السرقة تثبت على الشركة وبطل الحد عن أحدهما برجوعه فأورث شبهة فى حق الآخر بخلاف ما لو قال سرقت أنا وفلان كذا وفلان ينكر حيث يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه وفيه خلاف أبى يوسف هو يقول لانه أقر بفعل مشترك وقد بطلت الشركة فلا تثبت ولهما أن الشركة لما لم تثبت بانكار الآخر صار فعله كالعدم وعدم فعله لا يخل بالموجود منه كقوله قتلت أنا وفلان فلانا وقال الآخر ما قتلت يقاد المقر وحده (ولو سرقا) أى ولو سرق اثنان (وغاب أحدهما وشهد) على صيغة المجهول أى شهد اثنان (على سرقتهما) أى على أنهما قد سرقا (قطع الآخر) وهو الحاضر لان سرقته ثبتت بالحجة وكان أبو حنيفة أولا يقول لا يجب عليه القطع لان الغائب ربما يدعى الشبهة عند حضوره ثم

رجع وقال يقطع (ولو أقرّ عبد بسرقة قطع) عند أبي حنيفة (وتردّ السرقة الى المسروق منه)
ان كانت قائمة وان كانت هالكة لا يضمن وقالا ان كان العبد مأذونا له أو مكاتبا أو كان المال
المسروق مستهلكا فكما قال ابو حنيفة وان كان محجورا عليه والمال قائم في يده فعند أبي يوسف
يقطع والمال للمولى الا أن يصدّقه المولى فيدفع الى المسروق منه وقال محمد لا يقطع والمال
للمالك الا أن يصدّقه المولى وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها والمال للمولى الا أن يكون مأذونا له
في التجارة فيصح اقراره في المال أو يصدّقه المولى لانّ اقراره بالقطع يتضرر به المولى فلا يقبل
اقراره عليه قلنا صحة اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية في ضمنه فيصح ولمحمد انّ
اقرار المحجور عليه بالمال باطل فلا يقطع به بخلاف المأذون له لانّ اقراره بما في يده من المال
صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف أنه أقرّ على نفسه بالقطع فيصح وعلى المولى بالمال
فلا يصح والقطع قد يجب بدون المال كما اذا قال الثوب الذي مع عمرو سرقته من زيد فانه
يقطع ولا يصدق اقراره في الثوب ولابي حنيفة انّ الاقرار بالقطع قد صح لكونه آدميا فيصح
بالمال بناء عليه لانّ الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال فيها تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال
باعتبار القطع ويستوفي القطع بعد هلاك المال فحاصل هذا الخلاف راجع الى أنّ المال أصل
أو القطع أو كلاهما فعنده القطع هو الاصل والمال تابع وعند محمد المال هو الاصل فلا يثبت
القطع بدونه وعند أبي يوسف كلاهما أصل وحكى الطحاوي انّ الاقاويل الثلاثة مروية عن أبي
حنيفة فقوله الاوّل أخذ به محمد والثاني أخذ به أبو يوسف (ولا يجتمع قطع) يد السارق (وضمان)
المال عندنا مطلقا يعني في الهلاك والاستهلاك واليسار والاعسار وعند الشافعي يجمع بينهما
مطلقا لانهما حقان مختلفان في السبب فيستوفى كل منهما لانّ القطع حق الشرع وسببه ترك
الانتهاء عما نهى عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال وبه قال أحمد وزفر وعند مالك
يجمع بينهما اذا كان السارق موسرا وان كان معسرا فلا وأما اليسار فشرط عند ابن القاسم
من حين السرقة الى القطع وعند أشهب الى أن تقام عليه السرقة ولنا قوله عليه السلام لا غرم
على السارق بعد قطع يمينه أخرجه الدارقطني رواه أبو حنيفة عن ابن مسعود ولم يرو عن غيره
خلاف فان قلت الحديث معلول قال الدراقطني وفي اسناده سعيد بن ابراهيم وهو مجهول ويروى
من وجوه كلها لا تثبت ولو سلم احتمل أنه أراد بنفي الغرم نفي العذاب في الآخرة ويحتمل انه أراد
أجرة الحداد ويحتمل انه أراد نفي الضمان أبدا كما كان في بدء الاسلام ومع هذه الاحتمالات
لا يمكن الاحتجاج به لنفي الضمان قلت قول الدارقطني لا يقبل اذا انفرد وانما تكلموا
في الحديث من حيث اسناده لانه رواه المسور عن عبد الرحمن بن عوف والمسور لم يلقه وهذا ان
ثبت فهو صفة الارسال والنبي عليه الصلاة والسلام ذكر الغرم منكرا في موضع النفي والنكرة
في موضع النفي تعم فينتفي عنه جميع أنواع الغرم وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير
روى عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال انما لم يجب عليه الضمان في الحكم والقضاء وأما فيما
بينه وبين الله تعالى فالضمان واجب وهذا القول أحسن (وتردّ العين لو) كان (قائما) يعني
اذا قطع السارق وكانت المسروقة قائمة في يده تردّ على صاحبها لقيام ملكه فيها وان كانت
هالكة لا يضمن وان استهلكها فكذلك في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور وفي

رواية الحسن عن أبي حنيفة يضمن وعن ابن سماعة عن محمد أنه يفتى باداء القيمة لانه أتلف مالا محظورا بغير حق ولا يحكم به لانه يؤدى الى ايجاب ما ينافى القطع وكذلك فى قاطع الطريق اذا أخذ مالا أوقتل نفسا يفتى باداء الضمان والدية وكذا الباغى لان السبب قد انعقد وتعذر الحكم لعارض فلا يعتبر فى حق الفتوى وفى الكافى هذا اذا كان بعد القطع وان كان قبله فان قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا وان قال أنا اختار القطع يقطع ولا يضمن (ولو قطع) السارق (لبعض السرقات) بأن سرق سرقات فهو بجميعها ثم بعد ذلك (لا يضمن شيأ) عند أبي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التى قطع بها ولو حضروا جميعا وقطعت يده بحضرتهم لا يضمن شيأ بالاتفاق خلافا للشافعى لهما ان المسقط للضمان القطع وهو حصل للحاضر فلم يوجد لغيره فبقيت أموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى فاذا استوفى كان للكل وعلى هذا الخلاف اذا سرق من واحد نصابا مرارا ثم قطع لاجل نصاب واحد (ولو شق) السارق (ما سرق) بأن كان ثوبا فشقه نصفين (فى الدار) قبل أن يخرجه منها (ثم أخرجه) وقيمته عشرة دراهم بعد الشق (قطع) عندهما لان الشق ليس بسبب موضوع للملك شرعا وانما هو سبب للضمان وانما يثبت الملك ضرورة أن لا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة وقال أبو يوسف لا يقطع لانه أحدث فيه سبب الملك فصار شبهة وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع اتفاقا وهذا اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا قطع بالاجماع وتكلموا فى الفرق بين الفاحش واليسير فقيل ان أوجب الخرق نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش ومادونه يسير وقيل ما يصلح الباقى لثوب فهو فاحش واليسير ما يصلح وقيل ما ينتقص به نصف القيمة فاحش ومادونه يسير وما فوقه استهلاك والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين و بعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة بل يتعيب به فقط وهذا الخيار يثبت ما لم يكن اتلافا واذا كان اتلافا فله تضمين جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف ان ينقص أكثر من نصف القيمة (ولو سرق شاة فذبحها) فى الدار (فأخرجها لا) يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه (ولو صنع) السارق الذهب أو الفضة التى سرقها (دراهم أو دنانير قطع وردها) أى الدراهم والدنانير الى المسروق منه عند أبي حنيفة وقالا لا سبيل الى المسروق منه عليها وأصل هذا الخلاف فى الغصب فى أن الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة أم لا بناء على أنها متقومة أم لا فعنده لا يملك لانها لا تتقوم وعندهما يملك لتقومها ثم وجوب القطع عنده لا يشكل لانه لم يملكها على قوله وقيل على قولهما لا يجب القطع لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه وعلى هذا الخلاف لو اتخذه حليا أو آنية (ولو) سرق ثوبا ثم (صبغه احمر فقطع لا يرد) أى لا يجب عليه رده (ولا يضمن) أيضا عندهما وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قائمة من كل وجه وهو أصل والصبغ تبع فكان اعتبار الاصل أولى ولهما ان صبغ السارق فى الثوب قائم صورة ومعنى وحق صاحب الثوب قائم صورة لا معنى حتى اذا هلك عنده أو استهلكه لا يجب عليه الضمان فكان حق السارق أحق بالترجيح وعند الثلاثة يؤخذ منه الثوب بلا ضمان شئ (ولو) صبغ السارق الثوب

(اسود

(أسود يرد) على صيغة المجهول أى يرد السارق الثوب المسروق على مالكه عند أبي حنيفة مجانا لان السواد نقصان عنده وقال أبو يوسف ليس له أخذه لان السواد زيادة متصلة وقال محمد هو كالاحمر فيرده الى المالك ويضمن المالك مازاد الصبغ فيه

* هذا (باب) فى بيان أحكام (قطع الطريق) *

شروطه فى ظاهر الرواية ثلاثة الاول أن يكون من قوم لهم قوة وشوكة والثانى أن لا يكون فى مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين والثالث أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر وعن أبي يوسف انهم لو كانوا فى المصر ليلا أو فيما بينهم و بين المصر أقل من مسيرة سفر يجرى عليهم أحكام قطاع الطريق وعليه الفتوى لمصلحة الناس (أخذ قاصد قطع الطريق قبله) أى قبل قطع الطريق ومراده قبل أن يقتل نفسا وقبل أن يأخذ مالا قال الشارح الهاء ترجع الى غير مذكور ومراده أنه راجع الى ماقلنا من قولنا قبل أن يقتل نفسا وقبل ان يأخذ مالا وهذا تعسف جدا بل الضمير يرجع الى قطع الطريق كما ذكرنا لان أحوال قاطع الطريق أربعة الاول ان يأخذ قبل قتل النفس وأخذ المال أشار الشيخ الى ذلك بقوله قبله ثم بين حكم هذا الفصل بقوله (حبس حتى يتوب) لقوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله أعلم التوزيع على الاحوال لتفاوت الجنايات ففى الحالة الاولى هو الحبس وهو النفى المذكور فى الآية المذكورة لان الحبس نفى لهم ودفع لفسادهم وعند مالك الامام مخير أى شئ شاء من هذه الاجزية فعل بكل واحد من الجناية لان كلمة أو تقتضى ذلك قلنا انها مقابلة بالجنايات فاقتضت الانقسام وعند الشافعى ينفى من البلد وعنه يحبس ستة أشهر وعنه يحبس سنة وعند أحمد يشرد ولا يترك فى بلد ياوى اليه (وان أخذ) قاطع الطريق (مالا معصوما) بأن كان لمسلم أو ذمى واحترز به عن مال المستامن فانه غير معصوم (قطع يده ورجله من خلاف) وهى الحالة الثانية المذكورة فى الآية وهى أن يؤخذ بعد ماأخذ المال ولم يقتل النفس وأصاب كل واحد منهم نصابا فانه يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وعند مالك أى مقدار سرق قطع (وان قتل) قاطع الطريق نفسا محرمة ولم يأخذ المال (قتل حدا) أى من حيث كونه حدا حقا لله تعالى (وان عفا الولى) أى ولى المقتول وهو واصل بما قبله أى ولو عفا الاولياء لم يلتفت الى عفوهم وشرطه أن يكون القتل موجبا للقصاص من مباشرة الكل وقال الشافعى الواجب قصاص لانه قتل بازاء قتل قلنا القطع حق الله تعالى فكذا القتل لانه قسيمه وتسميته جزاء يشعر بذلك لانه اسم لما يجب لله تعالى وهذه هى الحالة الثالثة (وان قتل) قاطع الطريق نفسا (وأخذ) المال وهى الحالة الرابعة وحكمها ماذكره بقوله (قطع) يده ورجله من خلاف (وقتل وصلب) فالحاصل ان الامام مخير عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه بين أمور ثلاثة ان شاء قطع وقتل وصلب على مامر ذكره وان شاء قتل فقط أشار اليه بقوله (أو قتل) وان شاء صلب أشار اليه بقوله (او صلب) وكل هذه الافعال على صيغة المجهول وفاعلها فى الحقيقة هو الامام وبقول أبي حنيفة قال زفر وعند محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع وأبو يوسف معه فى المشهور وعن أبي يوسف أنه يصلب مطلقا يعنى قبل القتل وبعده وعند الشافعى واحمد يصلب فقط ولا يقطع وعند مالك ان كان جلدا يصلب والا فلا (ويصلب) قاطع الطريق حال كونه (حيا ثلاثة أيام (ويبعج) أى يطعن (بطنه برمح حتى يموت) لان هذا أبلغ فى الردع وعن الطحاوى أنه يقتل ثم

يصلب وهو قول الشافعي ولا يترك اكثر من ثلاثة أيام لانه يتغير ويؤذى الناس وهو الاصح عند الشافعي وعن ابي يوسف أنه يترك حتى يتقطع ويسقط لانه أبلغ في الارداع وعن أحمد يترك بقدر ما يحصل التشهير وعن مالك هو مفوض الى رأى الامام (ولم يضمن) قاطع الطريق (ما أخذ) من المال بعد ما أقيم عليه الحد كما في السرقة الصغرى (وغير المباشر) من قطاع الطريق (كالمباشر) في الاخذ والقتل حتى تجرى أحكامه على الكامل بمباشرة بعضهم وقال الشافعي لا يحد الا المباشر كحد الزنا ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة فيستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم في الغنيمة (والعصا والحجر) في القتل (كالسيف) لان قطع الطريق يحصل بالقتل بأى آلة كانت بل بأخذ المال بغير قتل أو بمجرد الاخافة على مامر بخلاف القصاص لانه بقصد القتل والقصد مبطن لا يعرف فيستدل عليه باستعمال آلة القتل (وان أخذ) قاطع الطريق (مالا وجرح قطع) يده ورجله من خلاف (وبطل) حكم (الجرح) لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى واستوفى بقطع اليد والرجل سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال (وان جرح) قاطع الطريق (فقط) أى ولم يقتل ولم يأخذ مالا لا يحد لان هذه ليس فيها حد فلا يسقط حق العبد فيقتص فيما فيه قصاص ويأخذ الارش في غيره وذلك الى الاولياء (أو قتل) قاطع الطريق نفسا (فتاب) قبل أن يؤخذ فكذلك لا يحد للتوبة ويصير الامر الى الاولياء في القصاص والارش على مامر (أو كان بعض القطاع غير مكلف) بأن كان صبيا أو مجنونا فكذلك لا يحدون كلهم لانها جناية واحدة قائمة بالكل فكان فعل البعض بعض العلة فلا يترتب عليه الحكم وعن أبي يوسف اذا باشر العقلاء منهم القتل يحد الباقون لان المباشر هو الاصل حتى اذا كان المباشر هو الصبي أو المجنون فالحكم بالعكس وبه قالت الثلاثة وفي قوله غير مكلف اشارة الى ان المرأة اذا قطعت الطريق تجرى عليها الاحكام وقيل لا تكون قاطعة طريق لان بنيتها لا تصلح للحراب وعن أبي يوسف أنها تقطع ولا تصلب والاخرس في هذا كالصبي خلافا لابي يوسف (أو) كان بعض القطاع (ذا رحم محرم من المقطوع عليه) فكذلك لا يحدون لان القافلة كالحرز فقد حصل الخلل في الحرز في حقهم فسقط الحد وسواء كان المال المأخوذ مشتركا بين من قطع عليهم الطريق أو غير مشترك وهو الصحيح وعند الثلاثة يحد كغيرهم واذا سقط الحد كان القصاص والتضمين الى الاولياء (أو قطع بعض القافلة على البعض) فكذلك لا يحدون لان الحرز واحد فصارت القافلة كبيت واحد (أو قطع) شخص الطريق ليلا أو نهارا (بمصر) أى في مصر (أو) قطع ليلا أو نهارا (بين مصرين) فكذلك لا يحدون لان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في مثل هذه الاماكن لان الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه وعند الشافعي يكون قاطع الطريق في المصر لوجود حقيقة القطع وعن أبي يوسف ان قصدوا في مصر بالسلاح تجرى عليهم أحكام قطاع الطريق وان قصدوا بالحجر والخشبة فان كان خارج المصر فكذلك الحكم لان الغوث لا يلحقهم وان كان بقرب منه وان كان في المصر فكذلك بالليل لان الغوث لا يلحقهم وان كان بالنهار لا يجرى عليهم أحكام قطاع الطريق واستحسن المشايخ هذه الرواية وبه يفتى وقوله (لم يحد) جواب المسائل المذكورة من قوله وان جرح الى هنا واذا لم يحد يكون الامر للاولياء اشار اليه بقوله (فأقاد) أى اقتص (الولى) أى ولى المقتول في المسائل المذكورة ان شاء (أو عفا) عنهم

فى القصاص والمال جميعا لان الحق له (ومن خنق فى المصر غير مرة) أراد انه عمل الخنق عادة له (قتل به) أى بسبب ذلك سياسة دفعا لشره وفتنته عن العباد وفى قوله غير مرة اشارة الى انه لا يقتل بمرة واحدة وقال فى الهداية ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبى حنيفة وفى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل خنق رجلا بمخنقة خناق حتى قتله قال فالدية على عاقلته فان وجد وقد خنق غير مرة فى المصر وغير المصر فللامام أن يقتله وذكر المخنقة من الخواص وأراد بها أن القصاص لا يجب مع ذلك وقال فخر الاسلام البزدوى مخنقة الخناق هى الوتر وما يجرى مجراه وليس ذلك بشرط لكنه بنى على العادة

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (السير)

وهو جمع سيرة وهى الطريقة خيرا كان أو شرا ومنه سيرة العمرين أى طريقتهما وسمى هذا الكتاب بذلك لانه يجمع سير النبى صلى الله عليه وسلم وطرقه فى مغازيه وسير الصحابة رضى الله تعالى عنهم وما نقل عنهم فى ذلك (الجهاد) هو بذل الطاقة وتحمل المشقة فى سبيل الله لاعلاء كلمته ونصرة دينه وهو (فرض كفاية) أما كونه فرضا فلقوله تعالى اقتلوا المشركين وغيره من الآيات التى فيها الامر بقتالهم ولقوله عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وأما كونه كفاية فلانه لم يشرع لعينه اذ هو قتل وافساد فى نفسه وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه ودفع الفساد عن العباد فاذا حصل من البعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام وأشار بقوله (ابتداء) الى أن قتال الكفار فرض وان لم يبدؤنا للمامر من النصوص وقال الثورى لا يجب مالم يبدؤنا ويجوز القتال فى الاشهر الحرم وقال عطاء لا يجوز قلنا تحريم القتال فى الاشهر الحرم منسوخ وانتصابه على الظرفية بتقدير فى أى فى ابتداء الامر منا وان لم يكن منهم (ان قام به) أى بالجهاد (بعض) من الناس (سقط عن الكل) أى عن الذين جاهدوا والذين لم يجاهدوا وهذا حكم فرض الكفاية أن البعض اذا قام به يسقط عن الباقين كما ذكرنا (والا) أى وان لم يقم به البعض (اثموا) أى اثم الكل (بتركه) لانه واجب على الكل فيأثمون بتركه (ولا يجب) الجهاد (على صبى) لعدم الخطاب (وامرأة وعبد) لاشتغالهما بخدمة الزوج والمولى (وأعمى ومقعد واقطع) أى مقطوع اليدين لعجزهم اللازم (و) الجهاد (فرض عين ان هجم) أى غلب (العدو) فحينئذ يتعين على الكل (فتخرج المرأة والعبد بلا اذن زوجها وسيده) لان الفروض المتعينة متقدمة على حق المولى والزوج أصله صلاة الفرض وكذا الولد يخرج بغير اذن والديه وفى غير النفير العام لا يخرج الا باذنهما وكذا كل سفر فيه خطر وان لم يكن فيه خطر فلا بأس بأن يخرج بغير اذنهما اذا لم يضيعهما والاجداد والجدات مثلهما عند عدمهما وكذا المدين لا يخرج الا باذن الدائن الا فى النفير العام (وكره الجعل) بضم الجيم وهو الذى يضرب به الامام على الناس للذين يخرجون الى الجهاد (ان وجد فىء) أى شىء من مال الغنيمة الموضوع فى بيت المال لانه يشبه الاجر على الطاعة فحقيقته حرام فيكره ما أشبهه (والا) أى وان لم يوجد فىء فى بيت المال (لا) يكره الجعل لمساس الحاجة وقد أخذ النبى صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان

عند الحاجة بغير رضاه وعمر رضى الله عنه كان يغزى العزب عن ذى الحليلة ويعطى الشاخص فرس القاعد وقيل يكره أيضا والصحيح الاول والشاخص هو الذاهب الى العدو وأصله من شخص من مكان الى مكان اذا سار فى ارتفاع فاذا سار فى حدور فهو هابط كذا قاله ابن دريد (فان حاصرناهم) أى الكفار (ندعوهم الى الاسلام) أولا لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما قط الا دعاهم رواه أحمد (فان أسلموا) كففنا عن قتالهم لحصول المقصود (والا) أى وان لم يسلموا ندعوهم (الى) أداء (الجزية) لما روى أنه عليه السلام كان اذا أمّر أميرا على جيش أو سرية أمره به فى حديث فيه طول رواه أحمد ومسلم والترمذى وصححه هذا فى حق من تقبل منه الجزية كأهل الكتاب والمجوس او عبدة الاوثان من العجم وأمّا من لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب فلا ندعوهم الى أداء الجزية لعدم الفائدة اذ لا يقبل منهم الا الاسلام (فان قبلوا) أداء الجزية (فلهم ما لنا) من المنافع (وعليهم ما علينا) من المضارّ (ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة) بفتح الدال وكذا فى الدعوة الى الطعام وامّا فى النسب فبكسر الدال كذا لكافة العرب الا عدى الرباب فانهم يكسرون دعوة الطعام ويفتحون فى النسب وقيل الفتح فى الطعام والضم فى الحرب والكسر فى النسب وانما لا نقاتل من لم تبلغه الدعوة (الى الاسلام) لما روينا ومن قاتلهم قبل الدعوة يأثم للنهى عنه ولا يغرم خلافا للشافعى (وندعو ندبا) أى استحبابا وهو نصب على التمييز (من بلغته) الدعوة مبالغة فى الانذار ولا يجب ذلك لما روى عن البراء بن عازب أنه قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رهطا من الانصار الى أبى رافع فدخل عبد الله بن عتيك بيته ليلا فقتله وهو نائم رواه أحمد والبخارى وفى المحيط تقديم الدعوة الى الاسلام على القتال كان فى ابتدا الاسلام حين لم ينتشر الاسلام ولم يستفض وأما بعد ما انتشر واستفاض وعرف كل مشرك الى ماذا يدعى يحل له القتال قبل الدعوة (والا) أى وان لم يقبلوا الجزية (نستعين بالله تعالى) عليهم (ونحاربهم بنصب المجانيق) على حصونهم وأسوار مدائنهم وهو جمع منجنيق لما روى الترمذى أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف وأحرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بويرة كان فيها نخل وهو بضم الباء الموحدة موضع من بلد بنى النضير (و) نحاربهم أيضا بانواع الحراب نحو (حرقهم) بالنار أراد حرق دورهم وأمتعتهم ونحو ذلك (وغرقهم) بتسييب المياه على دورهم وبساتينهم وعلى أنفسهم أيضا (وقطع أشجارهم وافساد زروعهم) أو بارسال الدوابّ فيها أو اطلاق النار ونحو ذلك (ورميهم) بالنبال والحجارة لانّ فى هذه الاشياء الحاق الكبت والغيظ بهم وتفريق شملهم وهذا كله بالاجماع الا فى رواية للشافعى وأحمد نفعل بهم ما يفعلونه بنا وقوله (وان تترسوا ببعضنا) واصل بما قبله يعنى يجوز رميهم وان كانوا تترسوا ببعض المسلمين الذى عندهم من الاسرى أو التجار لانّ دفع الضرر العامّ يجوز مع الضرر الخاص ولكن يقصدون بالرمى الكفار لانّ التمييز بالنية ممكن وهو معنى قوله (ونقصدهم) أى الكفار حتى لو أصيب منهم لم يجب عليه الكفارة ولا الدية وعند الثلاثة لا يرمون ان تترسوا بهم اذا علم أنهم يتلفون به الا أن يخافوا انهزامهم فتجب الكفارة والدية عند الاصابة وبه قال الحسن (ونهينا) أى نهانا الشارع (عن اخراج مصحف و) اخراج (امرأة فى سرية) وهى أربعمائة

رجل حال كونهما (يخاف عليهما) لما فيه من تعريض المصحف على الاستخفاف وهو المراد بقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن فى أرض العدو وقيل قارئ القرآن وتعريض المرأة على الضياع والفضائح وان كان العسكر عظيما فلا بأس باخراجهما لان الغالب عليه السلامة (و) نهينا أيضا عن (غدر) أى خيانة ونقض عهد (وغلول) وهو السرقة فى المغنم (و) عن (مثلة) أيضا وهى أن يجدع المقتول أو يقطع عضو منه لقوله عليه السلام لا تمثلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا رواه أحمد وابن ماجه وفى الاختيار النهى بعد الظفر بهم ولا باس به قبله لانه أبلغ فى كبتهم واضر بهم وهذا حسن (و) نهينا أيضا عن (قتل امرأة) لما روى أنه عليه السلام نهى عن قتل النساء والصبيان رواه البخارى ومسلم وآخرون (و) عن قتل (غير مكلف) مثل الصبيان والمجانين لما روينا (و) عن قتل (شيخ فان) لقوله عليه السلام لا تقتلوا شيخا فانيا الحديث رواه أبو داود (و) عن قتل (أعمى ومقعد) لعدم تحقق الحرب منهما وقال الشافعى يقتلان وكذلك الشيخ (الا أن يكون أحدهم) أى أحد هؤلاء الذين لا يجوز قتلهم (ذا رأى) أى صاحب رأى وتدبير (فى) أمر (الحرب أو) يكون أحدهم (ملكا) فحينئذ يقتل لان فى قتله كسر شوكتهم وازالة ضررهم عن المسلمين وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل ابن مائة وستين لانه كان صاحب رأى وهو أعمى (و) نهينا أيضا عن (قتل أب مشرك) لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وليست البداءة بالقتل من المعروف (وليأب الابن) يعنى ليمتنع عنه اذا أدركه فى الصف أو غيره (ليقتله غيره) لحصول المقصود بقتل غيره وان لم يكن ثمة من يقتله لا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا علينا ولكنه يلجئه الى مكان يستمسك به حتى يجىء غيره فيقتله وان قصد الاب قتله ولم يمكنه دفعه الا بقتله فلا بأس بقتله لان هذا دفع عن نفسه وهو له أن يدفع أباه المسلم بالقتل اذا قصد الاب قتله فالكافر أولى وكذا له أن يؤثر حياته ألا ترى انه لو كان للابن ماء يكفى أحدهما فللابن أن يشربه وان كان الاب يموت عطشا ولهذا يحبس الاب بنفقة ولده دون دينه ومع هذا لو قتله لا يجب عليه شئ لعدم العاصم واجداده وجداته من قبل الاب والام كابويه ولا يكره قتل أخيه وخاله وعمه المشركين بخلاف أخيه الباغى حيث لا يجوز له قتله وكذا يجوز له قتل ابنه الكافر لانه لا يجب احياؤه ولهذا لا تجب عليه نفقة ابنه المحارب (ونصالحهم) أى الكفار (ولو) كان الصلح (بمال) يؤخذ منهم أو يدفع اليهم (ان) كان الصلح (خيرا) فى حق المسلمين لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها أى ان مالوا الى الصلح بخلاف ما اذا لم يكن فيه خير لانه يكون ترك جهاد صورة ومعنى وهو فرض فلا يجوز تركه من غير عذر ثم المال الذى يؤخذ منهم بالصلح يصرف مصارف الجزية (وننبذ) أى ننقض الصلح بعد حصوله (لو) كان نقضه (خيرا) لان المصلحة لما تبدلت كان النقض جهادا ويكون النبذ على الوجه الذى كان الامان فان كان منتشرا يجب أن يكون النبذ كذلك وان كان غير منتشر بان أمنهم واحد من المسلمين سرا نكتفى بنبذ ذلك الواحد وهو على قياس الاذن بالحجر هذا اذا صالحهم مدة فرأى نقضه قبلها وأما اذا مضت المدة يبطل الصلح بمضيها فلا ينبذ اليهم وان كان الصلح على جعل فنقضه قبل مضى المدة رده عليهم بحصته (ونقاتل) بعد الصلح (بلا نبذ لو خان ملكهم) لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض بالخيانة منهم (و) يصالح

(المرتدين بلا) أخذ (مال) منهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فيه اذا كانت فيه مصلحة وانما لم يؤخذ منهم مال لانه يشبه الجزية وهم لا تقبل منهم الجزية فكذا هذا (فان أخذ) المال منهم على الصلح (لم يرد) عليهم لأن أموالهم غير معصومة (ولم نبع سلاحا منهم) أى من أهل الحرب لورود النهى فيه وكذا الكراع والحديد والرقيق سواء قبل الصلح أو بعده (ولم نقتل من أمنه) منهم (حر أو حرة) لان أمان واحد حر من المسلمين كافرا واحدا أو جماعة صحيح لقوله عليه السلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم رواه احمد الذمة العهد وأدناهم أى أقلهم عددا وهو الواحد وأجاز عليه السلام أمان أم هانئ رجلا من المشركين يوم فتح مكة فيما رواه البخارى ومسلم وأحمد وانما قيد الحرية فى الواحد لان الرقيق ليس من أهل الجهاد (ونبذ) الامام أمان الواحد (لو) كان (شرا) بأن كان فيه مفسدة رعاية لمصالح المسلمين ويؤدبه الامام لانفراده برأيه (وبطل أمان ذمى) لانه متهم بهم (و) أمان (أسير وتاجر) لانهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والامان يكون من الخوف وكذا أمان المسلم الذى أسلم فيهم ولم يهاجر الينا (و) أمان (عبد محجور) عليه (عن القتال) عندهما وعند محمد يجوز أمانه لاطلاق ما رويناه وبه قال الشافعى ومالك وأحمد فى رواية وذكر الكرخى ان أبا يوسف مع محمد ولهما انه تصرف على المولى وانه لا يعرى عن احتمال الضرر والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الغنائم وقسمتها)

(ما) أى كل بلد (فتح الامام) من بلاد الكفر (عنوة) يعنى قهرا وغلبة وانتصابها على التمييز فهو مخير فيه ان شاء (قسم بيننا) أراد بين الغانمين بعد اخراج الخمس (أو أقر أهلها) عليها (ووضع الجزية) على رؤسهم (والخراج) على أراضيهم وقال الشافعى ليس له ذلك لانها صارت للغانمين بواسطة استيلائهم وقهرهم فلا يجوز أخذها منهم وبه قال أحمد فى رواية ولنا ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال أما والذى نفسى بيده لولا أن أترك الناس بيانا ليس لهم من شئ ما فتحت قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر لكنى أتركها خزانة لهم يقتسمونها رواه البخارى وفعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق ماذكرنا بموافقة الصحابة ولم ينكر أحد على ذلك فكان ذلك اجماعا من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولو طابت أنفسهم بوقف أراضيها عليهم بقفها عند الشافعى وأحمد وعند مالك فى رواية وأحمد فى رواية تصير وقفا عليهم بنفس الظهور وعنهما يخير الامام بين القسمة والوقف وقال بعض أصحابنا الاولى القسمة بين الغانمين عند حاجتهم فان لم تكن لهم حاجة تعد لنوائب المسلمين وهذا كله فى العقار وأما المنقول وحده فلا يجوز به المن عليهم لانه لم يرد فى الشرع (وقتل) الامام (الاسرى) ان شاء كما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم بنى قريظة فانه قتل مقاتلهم واسترق ذراريهم (أو استرق) الامام أى جعلهم ارقاء دفعا لشرهم مع انتفاع المسلمين بهم (أو ترك) الامام هؤلاء (احرارا) حال كونهم (ذمة لنا) أى للمسلمين بضع عليهم الخراج كما فعل عمر رضى الله عنه الا من مشركى العرب فانه لا يقبل منهم الا السيف أو الاسلام وكذلك المرتدون على ما يجىء ان شاء الله تعالى (وحرم ردهم) أى رد الاسرى (الى دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين وعودهم حربا عليهم (و) حرم (الفداء)

قوله بيانا بيانا بين تابيتهم اشتدة قال المجد وهم بيان واحد وعلى بيان واحد ويخفف أى طريقة اه

ايضا

أيضا عند أبي حنيفة يعني لا يجوز أن يفادي الامام بالاسارى أي لا يعطي أساراهم ويستنقذ بهم أسارى المسلمين من أيديهم وقالا يجوز مفاداة الاسارى باسارى المسلمين وأما المفاداة بالمال فلا يجوز عندنا وقال الشافعي يجوز الامران لقوله تعالى فامّا منا بعد واما فداء أي فامّا تمنون منا واما تفدون فداء وعن محمد لا بأس به عند الحاجة وهو رواية عن أبي حنيفة وعن أبي يوسف يجوز ذلك قبل القسمة لا بعدها قلنا انسخ ذلك بآية السيف ولهما في جواز مفاداة الاسارى بالاسارى ان في ذلك تخليص المسلم من يد الكافر وذلك أولى من قتل الكافر أو الانتفاع به وله ان المفاداة اعانة لاعداء الدين وتقوية لهم بعود الاسارى اليهم حربا علينا ودفع شر الحرب أولى من استنقاذ الاسير المسلم (و) حرم (المنّ) على الاسارى ايضا وهو أن يطلقهم مجانا بغير أخذ شئ وقال الشافعي يجوز لما فعله عليه السلام من المن على بعض الاسارى يوم بدر وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا ناسخ لما رواه (و) حرم أيضا (عقر مواش) وهو قطع عراقيبها لانه مثلة وقال مالك تعقر لئلا ينتفع بها وقوله (شق اخراجها) جملة وقعت صفة لمواش يعني اذا عاد الامام الى دار الاسلام ولهم هناك مواش عجزوا عن سوقها معهم واخراجها عن دار الحرب لا تعقر ولا تترك أيضا هناك (فتذبح وتحرق) لان ذبح الحيوان لغرض صحيح جائز وفي ذبحها كسر شوكة الاعداء واعدامهم هذه المنفعة المرغوبة فيها وانما تحرق بعد الذبح قطعا لمادة الانتفاع وعند الشافعي يتركها هناك ولا يذبحها وبه قال أحمد ولنا ما قلنا وتحرق الاسلحة وما لا يحرق منها يدفن في مكان لا يقفون عليه كي لا ينتفعوا بها وان تعذر نقل السبي يقتل الرجال منهم ويخلي الذرارى في مضيعة حتى يموتوا جوعا وعطشا كي لا يعود ضررهم علينا بالتوالد (و) حرم أيضا (قسمة الغنيمة في دارهم) أي في دار أهل الحرب وقال الشافعي يجوز بعد استقرار الهزيمة وهذا بناء على أصل وهو أن الملك لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبنى على هذا مسائل منها اذا لحقهم مدد قبل الاحراز بالدار يشاركونهم عندنا خلافا له ومنها ان واحدا من الغانمين لو وطئ أمة من السبي فولدت فادّعاه لا يثبت نسبه عندنا خلافا له فيجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين ومنها جواز بيعه فعندنا لا يجوز خلافا له ومنها ما اذا مات واحد قبل الاحراز بالدار لا يورث نصيبه عندنا خلافا له ومنها ما لو أتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة يضمن عندنا خلافا له ومنها ما لو قسم الامام الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يصح عندنا خلافا له وبقوله قال مالك وأحمد الا أن مالكا قال تؤخر قسمة السبي الى دار الاسلام ثم حرمة قسمة الغنيمة في دارهم هي قولهما وعند محمد يكره كراهة تنزيه وقيل جائز بالاتفاق لانه فعل مجتهد فيه وقد أمضاه وقيل اذا قسم عن اجتهاد جاز بالاتفاق وان قسم لا عن اجتهاد فهو موضع الخلاف (لا) تحرم قسمة الغنيمة (للايداع) أي لاجل أن يودعها عند الغانمين بأن لم يجد ما يحمل عليها الغنائم فقسمها بينهم قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم ويقسمها بينهم فان أبوا أن يحملوها أجبرهم على ذلك بأجرة المثل في رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بتحميل ضرر خاص كما لو استأجر دابة شهرا فضت المدة في المفازة أو استأجر سفينة فضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليهما اجارة أخرى بأجر المثل ولا يجبرهم في رواية السير

قوله يضمن عندنا لانه ليس عليه ضمان لانه ضمن كما في النهاية والزيلعي وغيرهما ١٢ ه

الصغير لانه لايجبر على عقد الاجارة ابتداء كما اذا نفقت دابته في المفازة ومع رفيقه دابة لايجبر على الاجارة بخلاف ما استشهد به فانه بناء وليس بابتداء وهو أسهل منه (و) حرم أيضا (بيعها) أي بيع الغنائم (قبلها) أي قبل القسمة وعند الثلاثة تباع والحجة عليهم ماروى عنه عليه السلام لايحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبتاع مغنما حتى يقسم ولا أن يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا أخلقه ردّه فيه ولا أن يركب دابة من فيء المسلمين حتى اذا أعجفها ردّها رواه أحمد وأبو داود (وشرك) أي اشترك (الردء) بكسر الراء وسكون الدال المهملتين وهو المعين من اردأت أي أعنت وفلان ردء فلان أي معينه (والمدد فيها) أي في الغنيمة لاستوائهما في السبب الذي هو مجاوزة الدرب الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب على قصد القتال وقال الشافعي لايشاركهم المدد بعد انقضاء القتال وهذا مبني على أن السبب هو المجاوزة عندنا وشهود الوقعة عنده على ما يجيء بيانه ان شاء الله تعالى (لا) يشرك (السوقي) وهو الذي يخرج مع العسكر للبيع والشراء (بلا قتال) فان قاتل يشاركهم لانه بمباشرة القتال ظهر ان قصده القتال والتجارة تبع له بخلاف ما اذا لم يقاتل وفي قول للشافعي يسهم له لانه شهد الوقعة (و) لايشرك أيضا (من مات فيها) أي في دار الحرب قبل أن تخرج الغنيمة الى دار الاسلام (و) اذا مات (بعد الاحراز بدارنا) أي بدار الاسلام (يورث نصيبه) وعند الشافعي يورث اذا مات بعد استقرار الهزيمة وبه قال مالك وأحمد وهو مبني على الاصل المذكور (وينتفع فيها) أي في دار الحرب (بعلف) الدابة (وطعام) سواء كان مهيأ للاكل أو لا يكون حتى يجوز ذبح المواشي من البقر والغنم والجزور ولكن يردّون جلودها في الغنيمة وكذلك أكل الحبوب والسكر والفواكه الرطبة واليابسة والسمن والزيت وكل شيء هو مأكول عادة (وحطب وسلاح ودهن) بفتح الدال أي دهن أبدانهم أو دوابهم للتصليب لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه رواه البخاري وفي رواية لايتناولون الا للحاجة لانه مشترك وعند الشافعي وأحمد في قول لايجوز الادهان ولا التداوي بالادوية والسكر والفانيد وعند مالك لا ينتفع في غير القوت وهذا الاطلاق في حق من له سهم في الغنيمة أو من يرضخ له منها غنيا كان أو فقيرا ويطعم من معه من الاولاد والنساء والمماليك وكذلك المدد لان لهم سهما فيها ولا يطعم الاجير ولا التاجر الا أن يكون خبز الحنطة أو طبخ اللحم فلا بأس به حينئذ لانه ملكه بالاستهلاك وما لايؤكل عادة لايجوز له أن يتناوله مثل الادوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك والباء في قوله (بلا قسمة) تتعلق بقوله وينتفع أي ينتفع بهذه الاشياء بلا قسمة بينهم (ولا نبيعها) أي الاشياء المذكورة لانها تملك بالاخذ وانما أبيح التناول للضرورة فان باع أحد شيأ من ذلك ردّ ثمنه الى الغنيمة (وبعد الخروج منها) أي من دار الحرب (لا) ينتفعون بالاشياء المذكورة لزوال الضرورة (وما) أي الذي (فضل) في يده من الذي كان أخذه قبل الخروج من دار الحرب لينتفع به (ردّه الى الغنيمة) بعد الخروج الى دار الاسلام لزوال حاجته وهذا قبل القسمة وبعدها اذا كان غنيا تصدق بعينه ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا والفقير ينتفع بالعين ولا شيء عليه ان هلك لانه لما تعذر الردّ صار في حكم اللقطة (ومن أسلم منهم) أي من أهل دار الحرب في دار الحرب (أحرز) باسلامه (نفسه

وطفله) أى أولاده الصغار لوجود العاصم وهو الاسلام فلا يجوز قتله ولا استرقاقه وأولاده الصغار تبع له فيلحقون به هذا اذا أسلم قبل أن يأخذه المسلمون وان أسلم بعده فهو عبد لانه أسلم بعد انعقاد سبب الملك (و) كذلك أحرز (كل مال معه) لما ذكرنا (أو) كان ماله (وديعة عند مسلم أو ذمى) فكذلك يحرزها اذ يد المودع يده (دون ولده الكبير) يعنى لا يحرز لانه حربى (وزوجته) لانها حربية غير تابعة له فتسترق (وحملها) لانه جزء منها فيتبعها فى الرق وعند الشافعى لا يكون الحمل فيأ لانه مسلم تبعا لابيه كالولد المنفصل وبه قال مالك وأحمد قلنا المسلم يسترق تبعا كولد الجارية من غير مولاها فكان هذا فى حق التبع بمنزلة البقاء والاسلام لا ينافى بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية (و) دون (عقاره) لانه ليس فى يده فيكون فيأ وقال الشافعى هو له ولا يكون فيأ لانه فى يده كالمنقول وهو رواية عن محمد وعن أبى يوسف روايتان أيضا (و) دون (عبده المقاتل) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وما كان غصبا فى يد حربى أو وديعة فىء وكذا اذا كان فى يد مسلم أو ذمى غصبا عند أبى حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ وأبو يوسف معه فى رواية ومع أبى حنيفة فى أخرى والله أعلم

* هذا (فصل) فى بيان كيفية القسمة (للراجل سهم) بالاجماع (وللفارس سهمان) عند أبى حنيفة وقالا له ثلاثة أسهم لقول ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه السلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما رواه الجماعة وبه قالت الثلاثة وله قول مجمع بن جارية رضى الله عنه قسمت خيبر الى أن قال انه عليه السلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما رواه أحمد وأبو داود وحديث ابن عمر محمول على التنفيل كما روى أنه عليه السلام أعطى سلمة بن الاكوع سهم الفارس والراجل رواه أحمد ومسلم بمعناه (ولو) كان (له) أى للفارس (فرسان) وهو واصل بما قبله أى لا يعطى للفارس الا سهمان ولو كان له فرسان أو أكثر وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لانه عليه السلام أعطى الزبير رضى الله عنه خمسة أسهم ولهما أنه عليه السلام لم يسهم يوم خيبر لصاحب الافراس الا لفرس واحد والصحيح من حكاية الزبير أنه أعطاه أربعة أسهم سهما له وسهما لامه صفية وسهمين لفرسه رواه أحمد فلا يلزم حجة ولئن صح فهو محمول على التنفيل كما ذكرنا (والبراذين) وهو جمع برذون وهو فرس العجم (كالعتاق) بكسر العين جمع عتيق وهو الفرس العربى وانما استويا لان ارهاب العدو يضاف الى جنس الخيل وهو شامل للعربى والبرذون والهجين والمقرف والهجين ما يكون أبوه من الكوادن وأمه من العربى والمقرف بضم الميم وسكون القاف وفتح الراء وفى آخره فاء وهو ما يكون أبوه عربيا وأمه من الكوادن وهو جمع كودن وهو البرذون يوكف ويشبه به البليد (لا) يسهم لصاحب (الراحلة والبغل) لان الارهاب لا يقع بهما اذ لا يقاتل عليهما (والعبرة) أى الاعتبار (للفارس والراجل عند المجاوزة) أى مجاوزة الدرب الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه وقاتل راجلا استحق سهم الفارس ولو دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم الراجل وعن أبى حنيفة انه يستحق سهم الفارس وعند الشافعى يعتبر كونه راجلا أو فارسا حال انقضاء الحرب لان سبب الاستحقاق هو القهر والقتال فوجب اعتبار حال القاتل عند ذلك وبه قال مالك وأحمد ولنا أن الوقوف على شهود الوقعة متعسر فأقيم المجاوزة التى

قوله وفتح الراء فى القاموس المقرف كمحسن اه

بها يلحقهم الخوف مقامها (وللمملوك والمرأة والصبي والذمي الرضخ) بالمعجمتين وهو النصيب يعطي لهم على حسب ما يراه لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وأما بسهم فلم يضرب لهن وقال أيضا لم يكن للمرأة والعبد سهم الا أن يحذيا من غنائم القوم رواه أحمد ومسلم والمكاتب كالعبد وانما يرضخ لهؤلاء اذا كانوا يقاتلون والمرأة وان كانت عاجزة من القتال طبعا ولكن مداواتها الجرحى قائم مقام القتال والذمي لا يعطى له النصيب الا بالقتال أو بدلالته على الطريق ولا يبلغ بالرضخ السهم الا في دلالة الذمي فانه يزاد على السهم اذا كان في دلالته منفعة عظيمة لان ما يأخذه أجرة فيعطى بالغا ما بلغ ولا يلزم التساوي أو التمييز فافهم (لا) يعطى لهؤلاء (السهم) لما روينا فان قلت روى الترمذي أنه عليه السلام أسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه وللصبيان وروى أحمد وأبو داود وللنساء أيضا قلت كله محمول على الرضخ (والخمس) بعد قسمة أربعة الاخماس يكون (لليتامى والمساكين وابن السبيل) يعطى لكل واحد منهم سهم لقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وعند الشافعي يقسم الخمس أخماسا سهم لذوي القربى وسهم للنبي صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الامام ويصرفه الى مصالح المسلمين والباقي للثلاثة ويستوي في ذوي القربى فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون ذلك لبني هاشم وبني المطلب ولا يكون لغيرهم لانه لم يفرق في الكتاب ولا في السنة بين الغني والفقير وانما أن الخلفاء الراشدين قسموه على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة فكان اجماعا وبه تبين أن قسمته عليه السلام لم تكن بطريق التحتم (وقدم) ذوو (القربى) أي فقراء ذوي القربى يقدمون على الاصناف الثلاثة أشار اليه بقوله (الفقراء) بالرفع على أنه بدل من قوله ذووا القربى (منهم) أي من ذوي القربى (عليهم) أي على الاصناف الثلاثة وهم اليتامى والمساكين وابن السبيل فالحاصل ان يتامى ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين وأبناء السبيل يدخلون في سهم أبناء السبيل ولكن فقراء ذوي القربى يقدمون على الطوائف الثلاثة ترجيحا للقرابة (ولا حق لأغنيائهم) أي أغنياء ذوي القربى لما ذكرنا مع الخلاف فيه (وذكر الله تعالى) في الخمس بقوله فأن لله خمسه (للتبرك) باسمه في افتتاح الكلام لان الكل له وهو غير محتاج الى شيء (وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته) لانه كان يستحقه بالرسالة ولا رسول بعده وعند الشافعي يصرف سهمه الى الخليفة وعنه يصرف سهمه الى مصالح الدين وهو قول أحمد وعن الشافعي أنه يرد الى بقية الاصناف (كالصفي) أي كسقوط الصفي بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء وهو الذي كان عليه السلام يصطفيه في الغنيمة من درع أو سيف أو جارية وكانت صفية من الصفي رواه أبو داود وهذا مجمع عليه (وان دخل جمع) أي جماعة من المسلمين (ذو منعة) أي قوة وشوكة (دارهم) أي دار أهل الحرب (بلا اذن) الامام (خمس ما أخذوا) منهم لانه مأخوذ من دار الحرب قهرا فكان غنيمة فيخمس وعند الثلاثة لا يخمس الا بالاذن فقط (والا) أي وان لم يكن الجمع صاحب منعة (لا) يخمس ما أخذوا لانه اختلاس وسرقة ولو دخل واحد أو اثنان باذن وأخذ شيأ لا يخمس في رواية وعلى المشهور

يخمس لانه بالاذن التزم نصرهم بالامداد فصار كالمنعة (وللامام أن ينفل) يعنى يعد بزيادة شئ على سهمه (بقوله من قتل قتيلا) سماه قتيلا باعتبار ما يؤل اليه كما فى قوله تعالى انى أرانى أعصر خمرا (فله سلبه) أى سلب القتيل ويجئ عن قريب تفسيره (و) أن ينفل أيضا (بقوله للسرية) وهى أربعمائة رجل (جعلت لكم الربع بعد الخمس) لانه تحريض على القتال وهو مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال وحرض عليه السلام بالتنفيل على القتال فقال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه أحمد والبخارى ومسلم ونفل رسول الله صلى الله عليه وسلم الربع بعد الخمس فى رجعته رواه أحمد وأبو داود وكان ينفل عليه السلام فى البداية الربع وفى الرجعة الثلث رواه أحمد والترمذى وابن ماجه وقوله بعد الخمس ليس على سبيل الشرط ظاهرا لانه لو نفل بربع الكل جاز وانما وقع ذلك اتفاقا ألا ترى أنه لو نفل للسرية بالكل جاز فهذا أولى ثم قد يكون التنفيل بغير ما ذكرهنا كالدراهم والدنانير أو يقول من أخذ شيأ فهو له ويدخل الامام نفسه فيمن قتل قتيلا فله سلبه استحسانا لانه ليس من باب القضاء وانما هو من باب استحقاق الغنيمة بخلاف ما اذا قال من قتلته أنا فلى سلبه حيث لا يستحق لانه خص نفسه به فصار متهما وبخلاف ما اذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه حيث لا يدخل لانه ميز نفسه فيهم ثم انما يستحق السلب بقتله اذا كان المقتول مباحا قتله حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين ويستحق بقتل المريض والاجير منهم والتاجر فى عسكرهم والذمى الذى نقض العهد وخرج اليهم (وينفل بعد الاحراز) أى بعد احراز الغنيمة (من الخمس فقط) لان حق الغانمين قد تأكد فيه بالاحراز فى الدار ولهذا كان يورث عنه لو مات فلا يجوز ابطال حقهم وعند الشافعى ومالك لا ينفل من الخمس أيضا (والسلب للكل) أى لجميع الجند (ان لم ينفل) الامام به للقاتل وقال الشافعى هو للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلا لانه أكثر قتالا فيختص به اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره وبه قال أحمد ولنا أنه مأخوذ بقوة جيش الاسلام فكان غنيمة الاسلام فوجب أن يقسم قسمة الغنائم (وهو) أى السلب (مركبه) أى مركب المقتول (وثيابه وسلاحه وما معه) على الدابة من ماله فى حقيبته أو فى وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وكذلك ما كان مع غلامه على دابة اخرى

هذا (باب) فى بيان أحكام (استيلاء الكفار) بعضهم على بعض

(سبى الترك) أى كفارهم وهو جمع تركى (الروم) اى نصارى الروم وهو جمع رومى (وأخذوا أموالهم ملكوها) لان أموالهم مباحة والاستيلاء على المباح سبب الملك (وملكنا نحن) أى المسلمون (ما نجده من ذلك) أى من الذى سباه الترك من الروم أو أخذوه من أموالهم (ان غلبنا عليهم) أى على الترك لانهم لما ملكوهم وأموالهم التحقوا بسائر أموالهم فكما نملك عليهم سائر أموالهم نملك هذا المال (وان غلبوا) أى الكفار والعياذ بالله (على أموالنا وأحرزوها بدارهم) أى بدار أهل الحرب (ملكوها) وقال الشافعى لا يملكونها لان هذه الاشياء محظورة ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك ولنا أن عصمة مال المسلم

لتمكنه من الانتفاع به وبعد الاحراز بدارهم زال تمكنه والاصل فى الاموال الاباحة فيملكونها (وان غلبنا عليهم) أى على الكفار الذين غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم (فمن وجد ملكه قبل القسمة) أى قبل قسمة الامام الغنيمة بين المسلمين (أخذه) أخذا (مجانا) يعنى بغير شئ (و) ان وجده (بعدها) أى بعد القسمة يأخذه (بالقيمة) ان شاء لورود الحديث فى رواية ابن عباس هكذا وقال الشافعى يأخذه مجانا فى الوجهين وعن أحمد لا حق للمالك بعد القسمة (و) يأخذه (بالثمن لو اشتراه) أى الشئ الذى وجده صاحبه بعد القسمة (تاجر) دخل دارهم (منهم) أى من أهل الحرب ان شاء وان شاء تركه لان أخذه منه مجانا يستلزم الضرر فى حق التاجر هذا ان اشتراه بنقد وان اشتراه بعرض أخذه بقيمة ذلك العرض ولو كان البيع فاسدا يأخذه بقيمة نفسه وكذا لو وهبه العدو وقوله (وان فقأ عينه) واصل بما قبله أى وان قلع عين العبد المأسور فى يد التاجر بعد الشراء (وأخذ) التاجر وهو المشترى من العدو (أرشه) أى أرش العبد أى أرش عينه ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فى ملك صحيح بعد القبض وعن محمد تسقط حصة الارش من الثمن كما فى الشفيع اذا هدم المشترى البناء أو قطع الشجر (فان تكرر الاسر والشراء) بأن أسر عدو عبد رجل فاشتراه رجل تاجر فأدخله دار الاسلام ثم أسره العدو ثانيا فأدخلوه دارهم فاشتراه رجل آخر فأدخله دار الاسلام (أخذ) المشترى (الاول من) المشترى (الثانى بثمنه) ثانيا (ثم) اذا أخذه هو يأخذه المالك (القديم بالثمنين) أى الثمن الذى اشتراه به الاول من الحربى والثمن الذى اشتراه به الثانى من الحربى ان شاء لان المشترى الاول قام عليه بالثمنين أحدهما بالشراء الاول والثانى بالتخليص من المشترى الثانى ولو أراد المالك القديم أن يأخذه من المشترى الثانى ليس له ذلك لان الاسر الثانى لم يرد على ملكه وكذا لو كان المشترى الاول غائبا وهو المأسور منه ثانيا لما ذكرنا وكذا لو اشتراه المشترى الاول من التاجر الثانى ليس للمالك القديم أن يأخذه لان حق الاخذ ثبت للمالك القديم فى ضمن ملك المشترى ولم يعد ملكه القديم وانما ملكه بالشراء الجديد منه (ولا يملكون) أى الكفار بالغلبة (حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا) أى لان المحل للملك هو المال وهؤلاء ليسوا بمال وقال مالك وأحمد يملكون مدبرنا ومكاتبنا ويأخذهما السيد بالقيمة وعن مالك يفدى الامام أم الولد والا يأخذها سيدها بالقيمة ولا يدعها فى أيديهم (ونملك) نحن أى المسلمين بالغلبة (عليهم) أى على الكفار (جميع ذلك) أى من الحر والمدبر وأم الولد والمكاتب لهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء لجناياتهم وجعلهم ارقاء (وان ند) أى هرب (اليهم) أى الى الكفار (جمل فأخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء عليه (وان أبق) أى هرب (اليهم قن) أى رقيق فأخذوه (لا) يملكونه عند أبى حنيفة لانه لما انفصل من دار الاسلام ظهرت يده على نفسه وقالا ملكوه بالاستيلاء كسائر الاموال وبه قال مالك وأحمد واذا لم يثبت الملك فى العبد عند أبى حنيفة يأخذه المولى القديم بغير شئ مغنوما كان أو مشترى أو وجده بعد ما أسلم من فى يده أو بعد ما صار ذميا ولكن ان وجده مغنوما بعد القسمة يعوض من كان فى يده من بيت المال وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه بزعمه لانه يدعى أنه ملكه سواء كان غازيا أو مشتريا (فلو أبق) العبد (بفرس ومتاع فاشترى رجل كله) اى كل ما ذكرنا

من

من العبد والفرس والمتاع (منهم) أى من الكفار (أخذ) المالك (العبد) أخذا (مجانا) بغير شئ (و) أخذ (غيره) أى غير العبد وهو الفرس والمتاع (بالثمن) عند أبى حنيفة وقالا يأخذ العبد أيضا بالثمن ان شاء بناء على الاصل المذكور (وان ابتاع) أى وان اشترى كافر (مستأمن عبدا مؤمنا وأدخله دارهم) عتق عند أبى حنيفة وعندهما لا يعتق لان دار الحرب لا ينافى الملك فيبقى فى يده عبدا على ما كان وكان استحقاق الازالة بالبيع وقد انتهى بالدخول الى دار الحرب وله أنه استحق الازالة عن ملك الكافر كى لا يبقى تحت ذله ولا يذهب ماله بلا عوض مادام فى دار الاسلام واذا عاد اليها سقطت عصمته وعجز القاضى عن اخراجه عن ملكه فيعتق (أو امن عبد ثمة) أى فى دار الحرب (فجاءنا) أى العبد يعنى خرج الى دار الاسلام أو الى عسكر المسلمين (أو ظهرنا) أى أو غلبنا (عليهم) أى على أهل الحرب الذى هو عندهم عتق أيضا لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال أعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الطائف من خرج اليه من عبيد المشركين رواه أحمد وقوله (عتق) جواب المسئلتين جميعا كما ذكرناه والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (المستأمن)

هو فاعل من استأمن اذا طلب الامان (دخل تاجرنا) أى تاجر المسلمين (ثمة) أى دار الحرب (حرم تعرضه لشئ) من الدماء والاموال (منهم) أى من أهل دار الحرب لانهيه عليه السلام عن الغدر الا اذا غدر ملكهم بأخذ الاموال أو الحبس أو غيره فحينئذ له التعرض فيجوز أخذ أموالهم وقتل نفوسهم وليس له أن يستبيح فروجهم فان الفروج لا تحل الا بالملك ولا ملك قبل الاحراز بالدار الا اذا وجد امرأته المأسورة أو أم ولده أو مدبرته ولم يطأهن أهل الحرب لانهم لا يملكونها بالاستيلاء غير انهم اذا وطؤها يكون شبهة فى حقهن فيجب عليهن العدة فلا يجوز له أن يطأهن حتى تنقضى عدتهن بخلاف امته المأسورة حيث لا يجوز له أن يطاها وان لم يطأها الحربى لانهم ملكوها فصارت من جملة أموالهم (فلو أخرج) التاجر منهم (شيئا) الى دار الاسلام (ملكه) ملكا (محظورا) أى خبيثا لتحقق السبب وهو الاستيلاء على مال مباح غير أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه (فيتصدق به) أى بذلك الشئ الذى أخرجه (فان ادانه) أى التاجر (حربى) يعنى باعه شيأ بالدين (أو ادان) التاجر (حربيا) بأن باعه شيئا بالدين (أو غصب أحدهما) أى التاجر أو الحربى (صاحبه) بأن أخذ التاجر من الحربى شيئا بالغصب أو الحربى من التاجر (وخرجا) أى التاجر والحربى (الينا) أى الى دار الاسلام وتحاكما عند الحاكم (لم يقض) الحاكم (بشئ) لاحدهما على الآخر لان القضاء يستدعى الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الادانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من أفعاله والغصب كالادانة ولكن يفتى المسلم برد المغصوب ولا يقضى عليه وقال أبو يوسف يقضى بالدين على المسلم دون الغصب (وكذلك لو كانا) أى لو كان المتعاملان (حربيين) وقد كانا (وعلا ذلك) أى ماذكر من الادانة والغصب بأن ادان أحدهما الآخر أو غصب (ثم استأمنا) أى خرجا الى دار الاسلام مستأمنين لما ذكرنا (وان خرجا) أى الاثنان

المذكوران حال كونهما (مسلمين) وتحاكما عند حاكم (قضى بالدين بينهما) لوقوعه صحيحا بتراضيهما ولثبوت الولاية حال القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام (لا) يقضى (بالغصب) لان الغاصب ملكه لورود الاستيلاء على مال مباح ولا يؤمر بالرد لان ملك الحربى بالغصب صحيح لاخبث فيه بخلاف المسلم المستأمن اذا غصب منهم حيث يؤمر بالرد لخبث فى ملكه لانه ملكه بالخيانة ولا يقضى عليه به لما بينا (مسلمان مستأمنان) من الكفار فى دار الحرب بعد دخولهما (قتل أحدهما صاحبه) عمدا أو خطأ (تجب الدية فى ماله والكفارة فى الخطا) دون العمد وعند الثلاثة تجب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد وعن أبى يوسف يجب القصاص عليه لان بدخول دار الحرب لا تبطل العصمة وانما أن دار الحرب دار اباحة الدم فيصير ذلك شبهة ووجوب الكفارة والدية فى الخطا بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وانما تجب الدية فى ماله لان العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين وانما تجب الدية فى العمد فى ماله لان العاقلة لا تعقل العمد لما عرف فى موضعه (ولا شئ) من الدية والقصاص (فى الاسيرين) اذا قتل أحدهما الآخر (سوى الكفارة فى) القتل (الخطا) عند أبى حنيفة لان الاسير مقهور فى أيديهم ودار الحرب ليس بدار استيفاء أحكام الاسلام وعندهما عليه الدية فى ماله فى العمد والخطا لانهما من أهل دارنا حقيقة فكانا كالمستأمنين المسلمين الا أنه لا يجب القصاص لانه ليس موضع استيفاء العقوبات والدية فى ماله لعدم العاقلة وبه قالت الثلاثة ثم شبه هذه المسئلة الخلافية بين أصحابنا بالمسئلة الاتفاقية بينهم الخلافية بينهم وبين غيرهم بقوله (كقتل مسلم) أى كما لا شئ غير الكفارة فى الخطا فى قتل مسلم (مسلما) قد كان (أسلم ثمة) أى فى دار الحرب لانه غير متقوم لعدم الاحراز بالدار وعند الشافعى يجب القصاص بقتله عمدا والدية بقتله خطأ لانه قتل نفسا معصومة وبه قال مالك وأحمد

* هذا (فصل) فى بيان ما بقى من أحكام المستأمن (لا يمكن المستأمن) أى الذى يدخل من أهل الحرب بأمان (فينا) أى فى دار الاسلام من الاقامة (سنة وقيل له) أى للمستأمن (ان أقمت سنة) فأنت ذمى (توضع عليك الجزية) والاصل فيه أن الكافر لا يمكن من اقامة دائمة فى دارنا الا باسترقاق أو جزية لانه يبقى ضررا على المسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان فى منعها قطع المنافع من الميرة والجلب وسد باب التجارات ففصل بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية (فان مكث بعده) أى بعد أن قيل له ان أقمت سنة توضع عليك الجزية (سنة فهو ذمى) لالتزامه الجزية فتعتبر المدة من وقت التقدم اليه لا من وقت دخوله دار الاسلام وللامام أن يقدر له أقل من ذلك اذا رأى كالشهر والشهرين فاذا أقامها بعد ذلك صار ذميا وفى المبسوط يصير ذميا عند اقامته فى دار الاسلام سنة وان لم يتقدم اليه الامام (فلم يترك) أى الحربى المذكور بعد ذلك (أن يرجع اليهم) أى الى أهل دار الحرب لان فى رجوعه اليهم ضررا بالمسلمين لعوده حربا عليهم (كما) لا يترك أن يرجع اليهم (لو وضع عليه الخراج) بشراء الارض الخراجية والتزامه بمباشرة الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن وهو الصحيح لان الشراء قد يكون للتجارة وفيه اشارة الى أنه لا يصير ذميا بمجرد وضع الخراج عليه وقيل يصير ذميا بنفس الشراء

لانه

لانه حينئذ صار ملتزما حكما من أحكام الاسلام (أو نكحت) أى تزوجت الحربية المستأمنة (ذميا) فى دارنا تصير ذمية فلا تترك أن ترجع اليهم لانها التزمت المقام معه وههنا بمجرد التزوج تصير ذمية لانها تابعة للرجل فى السكنى (لا عكسه) أى ليس عكس حكم الحربية اذا تزوجت ذميا مثل حكم الحربى والعكس أن يتزوج حربى ذمية لا يصير ذميا لعدم التزامه المقام فى دارنا لتمكنه من طلاقها فلا يمنع اذا خرج الى دار الحرب (فان رجع) الحربى المستأمن (اليهم) أى الى أهل دار الحرب (و) الحال ان (له وديعة عند مسلم أو ذمى أو) له (دين عليهما) أى على المسلم والذمى (حل دمه) بالعود الى دار الحرب وما كان فى أيدى المسلمين أو الذميين من ماله فهو باق على ما كان عليه حرام التناول لان حكم أمانه فى حق ماله لا يبطل (فان أسر) الحربى المذكور (أو ظهر عليهم) أى على أهل دار الحرب التى هو فيهم (فقتل) الحربى المذكور (سقط دينه) لان اليد عليه لا تكون الا بواسطة المطالبة وقد بطلت فيصير ملكا لمن عليه لسبق يده ولا يصير فيأ لانه يملك قهرا فلا يتصور فى الدين (وصارت وديعته فيأ) أى غنيمة للمسلمين لانها فى يده حكما فيصير فيأ تبعا لنفسه كما اذا كانت فى يده حقيقة وعند أبى يوسف أنها تصير ملكا للمودع لان يده فيها أسبق فكان بها أحق ولو كان له رهن فعند أبى يوسف يأخذه المرتهن بدينه وقال محمد يباع ويوفى بثمنه الدين والفاضل لبيت المال (وان قتل) الحربى المذكور (و) الحال أنه (لم يظهر عليهم) أى على أهل دار الحرب الذى هو فيهم (أو مات) حتف أنفه (فقرضه ووديعته لورثته) لان حكم الامان باق لعدم بطلانه فترد على ورثته لانهم قائمون مقامه بخلاف المسئلة الاولى لان نفسه لما كانت مغنومة تبعها ماله لان ما فى يد مودعه كيده وهنا نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله فكانه مات والمال فى يده (فان جاءنا حربى) حال كونه (بأمان و) الحال أن (له زوجة ثمة) أى فى دار الحرب (وولد) صغارا أو كبار (ومال عند مسلم وذمى وحربى فأسلم هنا) أى فى دار الاسلام (ثم ظهر عليهم) أى على أهل دار الحرب التى هو منهم (فالكل) اى زوجته وولده وماله الذى عند مسلم وذمى وحربى (فىء) أى غنيمة لعدم يده على هذه الاشياء (وان أسلم) الحربى المذكور (ثمة) أى فى دار الحرب (فجاءنا) أى خرج الى دار الاسلام (فظهر عليهم) أى على أهل دار الحرب الذى هو منهم (فولده الصغير حر مسلم) تبعا له (وما) أى الذى (أودعه عند مسلم أو ذمى فهو له) لان يدهما كيده بخلاف ما اذا كان عند حربى لان يده غير صحيحة ولا محترمة على ما مر (وغيره) أى غير ما ذكر من ولده الصغير ووديعته التى عند مسلم أو ذمى وهو زوجته وأولاده الكبار وعقاره ووديعته التى عند الحربى (فىء) لعدم العصمة وعدم التبعية (ومن قتل مسلما خطأ لا ولى له) أى للمقتول (أو قتل حربيا جاءنا) أى خرج الى دار الاسلام (بأمان فأسلم فديته) أى فدية المقتول فى الوجهين (على عاقلته) أى عاقلة القاتل وأخذ ذلك (للامام) ليضعه فى بيت المال لانه نصب ناظرا للمسلمين وهذا من النظر (وفى) القتل (العمد) فى المسئلة المذكورة الواجب هو (القتل) قصاصا (أو الدية) صلحا ينظر فيه الامام فأيهما رأى أصلح فعل (لا) يجوز (العفو) مجانا لان تصرفه مقيد بالنظر فلا يجوز له ابطال حق المسلمين بغير عوض وكذا لو كان المقتول لقيطا للامام أن يقتل القاتل عندهما خلافا لابى يوسف

* هذا (باب) فى بيان أحكام (العشر والخراج والجزية) وبيان مصارفها *

(أرض العرب) وهى ماوراء ريف العراق الى أقصى حجر باليمن طولا ومن جدة وما والاها من الساحل الى حد الشأم عرضا (وما) أى الارض التى (أسلم أهله) عليه والتذكير باعتبار لفظة ما (أو فتح عنوة) أى قهرا وغلبة (وقسم بين الغانمين عشرية) اما أرض العرب فلانه عليه السلام والخلفاء من بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب وأما ما أسلم أهله عليه أو فتح عنوة فلان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لان فيه معنى العبادة حتى يصرف مصارف الزكاة ويشترط فيه النية (والسواد) وهى أرض العراق سميت به لخضرة أشجارها وزروعها (وما) أى الارض التى (فتح عنوة) والتذكير باعتبار ما كما ذكرنا (وأقر أهلها عليه أو صالحهم) الامام (خراجية) لان عمر رضى الله عنه حين فتح السواد وضع عليهم الخراج بحضر من الصحابة رضى الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص رضى الله عنه واجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشأم واستثنى مكة شرفها الله تعالى من هذا فان النبى صلى الله عليه وسلم افتتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف عليها الخراج ثم أرض السواد مملوكة لاهلها عندنا وقال الشافعى ليست بمملوكة لهم وانما هو وقف على المسلمين وأهلها مستأجرون وبه قال مالك وأحمد فى رواية وقد رد هذا أبو بكر الرازى فى كتابه الاحكام من عشرة وجوه (ولو أحيى) أرض (موات) وهى أرض تعذر زرعها لانقطاع ماء أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة عن العامر وعند محمد والثلاثة يعتبر عدم الارتفاق لا البعد (يعتبر قربه) أى قرب ما أحياه فان كانت الى الخراج أقرب فهى خراجية وان كانت الى العشر أقرب فهى عشرية وهذا عند أبى يوسف لان حيز الشئ يعطى له حكمه واعتبره محمد بمائه فان كان أحياه ببئر أو عين مستخرجة أو بالانهار العظام التى لا يملكها أحد كان عشريا وكذا اذا أحياها بماء السماء وان كان بنهر محتفر كنهر الملك ونهر يزدجر كان خراجيا لان سبب النماء والحياة هو الماء فكان اعتباره أولى وهذا التفصيل فى حق المسلم وأما الكافر فيجب عليه الخراج مطلقا (والبصرة عشرية) لاجماع الصحابة على ذلك والقياس أن تكون خراجية لانها افتتحت عنوة وأقر أهلها عليها من جملة أراضى العراق ولكن ترك ذلك باجماعهم (وخراج جريب) وهو ستون ذراعا فى ستين ذراعا بذراع كسرى وانه يزيد على ذراع العامة بقبضة قيل هذا جريب سواد العراق وفى غيرها يعتبر على ماهو المتعارف عندهم وقيد الجريب بقوله (يصلح للزرع) لانه اذا لم يصلح للزرع لا يجب شئ وقوله (صاع) خبر لقوله وخراج جريب وهو أربعة أمناء والمن مائتان وستون درهما وقوله (ودرهم) عطف عليه ويعطى الدرهم من أجود النقود (و) الخراج (فى جريب الرطبة) وهى البرسيم والقرطم فى لغة أهل مصر وفى الغاية الرطبة اسم للقضيب مادام رطبا (خمسة دراهم و) الخراج (فى جريب الكرم) المتصل (والنخل المتصل) وهو الذى اتصل بعضها ببعض على وجه تكون كل الارض مشغولة به (عشرة دراهم) لانه المنقول عن عمر رضى الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان رضى الله عنهما فمسحا سواد العراق فبلغت ستة وثلاثين ألف ألف جريب ووضعا على نحو ماذكر بحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فكان

اجماعا وعند الشافعي في جريب برّ أربعة دراهم وشعير درهمان وعند أحمد فيهما صاع ودرهم وعنده وعند الشافعي في جريب رطبة ستة دراهم وفي جريب نخل وكرم وزيتون ثمانية دراهم وعند مالك لا تقدير في الكل بل بحسب الطاقة وما ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه مما سوى ماذكرنا كالزعفران والبستان يوضع عليه بحسب الطاقة اعتبارا بما وضعه عمر رضي الله عنه ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج ولا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف (وان لم تطق) الارض (ماوظف) مما ذكرنا على كل جريب من الاصناف المذكورة (نقص) أي الذي وظف عليها ألا ترى الى قول عمر رضي الله تعالى عنه لعلكما حملتماها ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت وانه دليل جواز النقصان وبه قال مالك وأحمد خلافا للشافعي (بخلاف الزيادة) يعني لا تجوز الزيادة على ما وظف وان أطاقت وهو قول أبي يوسف وهو رواية عن أحمد لان عمر رضي الله عنه لم يزد لما أخبر بزيادة الطاقة وقال محمد يجوز اعتبارا للزيادة بالنقصان وبه قالت الثلاثة (ولا خراج) بواجب (ان غلب على أرضه) أي على أرض الخراج (الماء أو انقطع) الماء عنها لعدم التمكن من الزراعة كالارض السبخة التي لا تنبت شيا (أو أصاب الزرع آفة) لهلاك الخارج قيل هذا اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الارض ثانيا وأما اذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط والمراد بالاصطلام أيضا أن يذهب كل الخارج أما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بأن بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي أقل من ذلك يجب نصفه لان التنصيف عين الانصاف (وان عطل صاحبها) أي صاحب الارض بأن لم يزرعها قصدا يجب الخراج لان التقصير من جهته وأما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها وأخذ الخراج من أجرتها وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فيأخذ الخراج من نصيب صاحب الارض وان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وعن أبي يوسف أنه يدفع الى العاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها ولو انتقل الى أخس مما كان يزرعها من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا تتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس (أو أسلم) صاحب الارض الخراجية يجب الخراج أيضا لان الخراج فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فيبقى على المسلم وعقوبة في الابتداء فلا يبتدأ المسلم به (أو اشترى مسلم أرض خراج) يجب الخراج أيضا لما ذكرنا ثم ان بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع وقوله (يجب) الخراج جواب المسائل الثلاث (ولا عشر في خارج أرض الخراج) يعني لا يجتمع بينهما عندنا وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولان أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما فصار اجماعا عملا وكفى بهم قدوة وعلى هذا الخلاف الزكاة مع الخراج أو العشر حتى لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعندهم تجب الزكاة مع أحدهما

*هذا (فصل) في بيان أحكام الجزية وهي اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى مثل اللحية واللحى وانما سميت بذلك لانها تجزى عن الذمى أى تقضى وتكف عن القتل لانه اذا قبلها سقط عنه القتل (الجزية لو وضعت بتراض وصلح) بأن صالحهم الامام على مبلغ معين من الدراهم والدنانير وغيرهما (لا يعدل عنها) أى عن الجزية الموضوعة بالتراضى والصلح لانها تتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق (والا) أى وان لم توضع بالتراضى والصلح بل وضعت بالقهر بأن غلب الامام عليهم وأقرهم على أملاكهم فحينئذ (توضع على الفقير المعتمل) وهو الذى يكتسب أكثر من حاجته وقيل الذى يملك مادون المائتين (فى كل سنة اثنى عشر درهما) يؤخذ منه فى كل شهر درهم (و) توضع (على وسط الحال) وهو الذى له مال ولكنه لا يستغنى بماله عن الكسب (ضعفه) أى ضعف اثنى عشر وهو أربعة وعشرون درهما يؤخذ منه فى كل شهر درهمان (و) يوضع (على المكثر) وهو الغنى الظاهر الغنى (ضعفه) أى ضعف الضعف وهو ثمانية وأربعون درهما يؤخذ منه فى كل شهر أربعة دراهم نقل ذلك عن عمر وعثمان وعلى والصحابة رضى الله عنهم متوافرون ولم ينكر عليهم أحد منهم فصار اجماعا وقال الشافعى يضع الامام على كل حالم وحالمة دينارا والفقير والغنى فى ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر وعند مالك على كل محتلم أربعة دنانير أو أربعون درهما وعن أحمد يفوض الى رأى الامام وحديث معاذ فى مال وقع عليه الصلح بدليل وجوبه على الحالمة ولا جزية عليهن وعدل الشئ بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه وقوله معافر أى خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافرى منسوب الى معافر بن مر ثم صار لها اسما بغير نسبة (وتوضع) الجزية (على كتابى) وهو نسبة الى كتاب منزل من السماء والمعنى على الذى يعتقد كتابا من الكتب المنزلة كاليهودى فانه يعتقد التوراة والسامرى فانه يعتقد الزبور والنصرانى فانه يعتقد الانجيل (و) على (مجوسى) وهو واحد المجوس وهم قوم يعظمون النار ويعبدونها وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر رواه البخارى وآخرون وقال الشارح وفيه خلاف الشافعى والحجة عليه ما ذكرنا قلت خلاف الشافعى ليس فى عدم الجزية على المجوس وانما خلافه أن الجزية عنده مخصوصة بأهل الكتاب والمجوس عنده من أهل الكتاب فيكون داخلا فيها والخلاف بيننا وبينه فى عبدة الاوثان فعنده لا جزية عليهم لانهم ليسوا بأهل كتاب وعندنا عليهم الجزية لانها غير مختصة بأهل الكتاب وبه قال مالك وأحمد فى رواية وعنه فى أخرى توضع على كل كتابى فقط وعن مالك توضع على كل كافر الا مشركى قريش (و) توضع أيضا على (وثنى عجمى) لما قلنا مع الخلاف فيه (لا) توضع على وثنى (عربى و) لا على (مرتد) لتغليظ كفرهما ولا يقبل منهما الا السيف أو الاسلام (و) لا توضع أيضا على (صبى وامرأة وعبد ومكاتب وزمن وأعمى وفقير غير معتمل) أى غير مكتسب (وراهب لا يخالط) الناس لانهم خلف عن النصرة ولا تجب عليهم النصرة بالقتال وكذا لا تجب على شيخ كبير وعن أبى يوسف تجب اذا كان له مال وبه قال الشافعى فى قول وعن أبى حنيفة ان الراهب اذا كان قادرا على العمل توضع عليه وهى رواية عن أبى يوسف

ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون او عتق العبد او برأ المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضعها لا يوضع لان المعتبر أهليتهم وقت الوضع بخلاف الفقير اذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه لانه أهل للجزية وانما سقطت عنه للعجز وقد زال (وتسقط) الجزية (بالاسلام والموت) وقال الشافعي لاتسقط بهما لانها دين وبه قال مالك في الموت ولنا انها وجبت عقوبة على الكفر أو بدلا عن النصرة ولا تبقى العقوبة على الكفر بعد الاسلام ولا بعد الموت (و) تسقط أيضا بوجود (التكرار) بأن لم يؤخذ منه حتى حال عليه حولان أو أكثر عند أبي حنيفة لانها عقوبة فاذا اجتمعت تداخلت كالحدود وقالا يطالب بها لانها واجبة في الذمة فلا تسقط بالتأخير كالزكاة في حق المسلم وبه قالت الثلاثة وخراج الارض قيل على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه اتفاقا (ولا تحدث بيعة) بكسر الباء وهي متعبد اليهود (وكنيسة) وهي متعبد النصارى وكذا لا يحدث بيت النار والصومعة وهي بيت التخلي لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة معناه لا تحدث في دار الاسلام كنيسة لم تكن (في دارنا) أي في دار الاسلام (ويعاد المنهدم) من الكنائس والبيع القديمة لانه جرى التوارث هكذا لعدم بقاء الابنية دائما ولا يمكنون من نقلها الى موضع آخر وعند أحمد لا يعاد المنهدم أيضا وقيل هذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها شعائر الاسلام ولهذا يمنعون من بيع الخمر والخنزير وضرب الناقوس خارج الكنيسة في الامصار لما قلنا ولا يمنعون من ذلك في قرية لا يقام فيها الجمع والحدود وان كان فيها عدد كثير وقيل يمنعون في كل موضع لم تشع فيه شعائرهم والمروي عن أبي حنيفة كان في قرى الكوفة لان أكثر أهلها أهل الذمة وفي أرض العرب يمنعون من ذلك كله ولا يدخلون فيها الخمر والخنازير ويمنعون من اتخاذها المشركين مسكنا لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام قال في مرضه الذي مات فيه أخرجوا المشركين من جزيرة العرب رواه البخاري ومسلم (ويميز الذمي عنا) أي عن المسلمين (في الزي) أي في الزينة وحسن الملابس (والمركب والسرج) لانهم من أهل الاهانة والمسلمون من أهل الاعزاز والكرامة فوجب التمييز اظهارا للتفاوت بينهما ثم بين الشيخ ذلك بالفاء التفسيرية بقوله (فلا يركب) الذمي (خيلا) لانه ليس من أهل الجهاد سواء كان بسرج أو اكاف في الاصح وقيل في الضرورة يركب باكاف (ولا يعمل بالسلاح) لما ذكرنا (ويظهر الكستيج) وهو الخيط الغليظ الذي يشدون به أوساطهم كذا فسره الكرخي وعن أبي يوسف الكستيج الخيط الغليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزين به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقال فخر الاسلام في تفسيره الكستيجات هي أعلام الكفر وهي فارسية معربة وحقيقته العجز والذل بلغة العجم (ويركب سرجا كالاكف) وهو جمع اكاف وهو البرذعة وقد ذكرنا انه لا يركب بسرج الا عند الضرورة فيكون كالاكاف وقال الكرخي في مختصره تفسيره هي أن يكون على قربوس السرج مثل الرمانة وكذا لا يلبسون طيالسة مثل طيالسة المسلمين ولا أردية مثل أرديتهم ولا كل لباس يختص باهل العلم والزهد والشرف وكذا يؤمر بتمييز نسائهم عن نسائنا في الطرق والحمامات وذلك بالعلامات كالجلاجل ويجعل على دورهم علامات كي لا يقف عليها السائل فيدعو لهم بالمغفرة (ولا ينتقض عهده) أي عهد الذمي أي عقده للجزية (بالاباء) أي بالامتناع (عن) اداء (الجزية) لان الغاية التي ينتهي

بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وفي رواية مذكورة في واقعات حسام ان أهل الذمة اذا امتنعوا عن أداء الجزية ينتقض العهد ويقاتلون وهو قول الثلاثة أيضا (والزنا) أي ولا بالزنا (بمسلمة) وعند أحمد وابن قاسم المالكي ينتقض به (وقتل) أي ولا ينتقض أيضا بقتل (مسلم) خلافا للثلاثة (وسب) أي ولا ينتقض أيضا بسب (النبي صلى الله عليه وسلم) لان يهوديا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم السام عليك فقال أصحابه نقتله قال لا رواه البخاري وأحمد وقال الشافعي ينتقض به لانه ينقض الايمان فالامان أولى وبه قال مالك وأحمد رحمهم الله تعالى واختياري هذا لان المسلم اذا سب النبي صلى الله عليه وسلم يكفر حتى لو حكم به الحاكم يقتل به فكيف لو صدر هذا من مجرم عدو الدين (بل) ينتقض عهده عندنا (باللحاق) أي بدار الحرب (او بالغلبة على موضع للحراب) لانهم صاروا بذلك حربا علينا (وصاروا) بالتحاقهم بدار الحرب او بالغلبة على موضع للحراب (كالمرتدين) في حل قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانهم التحقوا بالاموات بتباين الدارين غير انهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة بخلاف المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الاسلام والمال الذي لحق به دار الحرب يكون فيأ وليس لورثته أن يأخذوه كالمرتد وقال مالك اذا ظفر بهم الامام يقتلهم ويسبيهم وعند الشافعي وأحمد يخير بين الاسترقاق والقتل (ويؤخذ من تغلبي) بكسر اللام وهو نسبة الى بني تغلب وهم قوم من نصارى العرب سكنوا بقرب الروم (وتغلبية) اذا كانا (بالغين ضعف زكاتنا) وهو نصف العشر لان الزكاة ربع العشر وضعف الربع نصف لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف الزكاة بحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير وعند زفر والشافعي ومالك لا يؤخذ من نسائهم وعند أحمد يؤخذ منها ومن غير مكلف منهم أيضا (ومولاه) أي مولى التغلبي (كمولى القرشي) في حق عدم التبعية للمولى فانهما لا يتبعان مولاهما في الجزية والخراج حتى يوضعان عليهما وان كان التغلبي والقرشي لا يوضعان عليهما وقال زفر يضاعف على مولى التغلبي لانه ملحق بمولاه لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم ولنا انه لو ألحق بالمولى هنا كان تخفيفا اذ التضعيف أخف لانه ليس فيه وصف الصغار والمولى لا يلحق بالاصل في التخفيف وورود الحديث على خلاف القياس في حرمة الصدقة فلا يلحق به ما ليس بمعناه والله أعلم (والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية اهل الحرب وما) أي الذي (اخذنا منهم) أي من أهل دار الحرب (بلا قتال) بأن أخذ بصلح (يصرف في مصالحنا) أي مصالح المسلمين (كسد الثغور) وهو جمع ثغر وهو موضع المخافة من العدو (وبناء القناطر) وهو جمع قنطرة وهي ما يبنى على الماء للعبور (والجسور) جمع جسر وهو أعم من القنطرة لانه قد يكون بالخشب وقد يكون بالتراب والقنطرة لا تكون الا بالحجر (وكفاية القضاة) وهو جمع قاض (والعمال) بضم العين جمع عامل وهو الذي يعمل للمسلمين مثل الساعي الذي يجمع الزكاة والعشور ويدخل فيه كل من يعمل في مصالح المسلمين كالكتاب عند القضاة وشهود القيامة والرقباء على السواحل (و) كفاية (العلماء) والمفتين والمقاتلة (و) كفاية (ذراريهم) قيل أي ذراري المقاتلة لان نفقتهم واجبة عليهم فلو لم يعطوا بقدر كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلم يتفرغوا للقتال قلت الظاهر ان الضمير يرجع الى الكل لان التعليل في المقاتلة موجود في الكل وهذا لا يخفى وانما كان هؤلاء مصارف للاموال المذكورة لانها

مأخوذة بقوة المسلمين فتصرف الى مصالحهم وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين فتصرف لهم ولو لم يعطوا لاحتاجوا الى الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين ومن جملة هذا النوع ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة اذا مروا عليه وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم كل ذلك يصرف الى مصالح المسلمين واعلم ان الذى يجىء الى بيت المال أربعة أنواع الاول ما ذكرنا بمصارفه والثانى الزكاة والعشر ومصرفهما ما ذكر فى كتاب الزكاة والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه ما ذكره الله تعالى فى قوله فان لله خمسه وقد ذكر فى كتاب السير والرابع اللقطات والتركات التى لا وارث لها والديات التى لا ولى لها ومصرفها اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منها نفقاتهم وأدويتهم ويكفن منها موتاهم ويعقل منها جناياتهم وعلى الامام أن يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا يخصه ولا يخلط بعضه ببعض فان لم يكن فى بعضها شىء فله أن يستقرض عليه من النوع الآخر ويصرفه الى أهل ذلك ثم اذا حصل من ذلك النوع شىء يرده فى المستقرض منه الا أن يكون المصروف من الصدقات او خمس الغنيمة على اهل الخراج وهم فقراء فانه لا يرد فيه شيأ لانهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا فى غيره اذا صرفه الى مستحقه ويجب على الامام أن يتقى الله تعالى ويصرف الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فان قصر فى شىء من ذلك كان الله عليه حسيبا (ومن مات) من هؤلاء المذكورين (فى نصف السنة حرم عن العطاء) وهو اسم لما يصرف اليهم لانه صلة فلا يملك قبل القبض كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة فى ذمة الزوج وقيد بقوله فى نصف السنة لانه اذا مات فى آخر السنة يستحب صرفه الى قريبه ولو عجل لواحد منهم كفاية سنة ثم عزل أو مات قبل تمام السنة قيل يجب رد ما بقى من السنة وقيل على قياس قول محمد فى نفقة الزوج يرجع وعندهما لا يرجع والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (المرتدين)

(يعرض الاسلام على المرتد) عن الاسلام وهو مستحب على ما روى عن عمر رضى الله عنه وليس بواجب لان الدعوة قد بلغته غير انه يحتمل انه اعتراه شبهة فيعرض عليه لتزاح ويعود الى الاسلام وقال الشافعى فى قول ومالك وأحمد هو واجب (وتكشف شبهته) أى شبهة المرتد (ويحبس ثلاثة ايام) ان استمهل لان الثلاثة مدة ضربت لازالة الاعذار كما فى شرط الخيار وقيل يستحب الامهال مطلقا يعنى استمهل أولا للتأمل وكشف الشبهة وقال الشافعى الامهال واجب لا يحل للامام أن يقتله قبل ان يمضى عليه ثلاثة ايام ولنا اطلاق النصوص بقتل الكفار ولا فرق فيه بين الحر والعبد فان ارتد وتاب ثم ارتد تقبل توبته وهكذا دائما وعن ابى يوسف اذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض الاسلام عليه لانه مستخف بالدين (فان اسلم) فبها ونعمت (والا) أى وان لم يسلم فى ثلاثة أيام (قتل) لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه رواه البخارى وأحمد (واسلامه) أى واسلام المرتد (أن يتبرأ عن الاديان) كلها (سوى) دين (الاسلام او) يتبرأ (عما انتقل اليه) لحصول المقصود والاول هو الاولى لان المرتد لا دين له (وكره قتله) أى قتل المرتد (قبله) أى قبل عرض الاسلام عليه قال صاحب الهداية معنى الكراهية هنا ترك المستحب (ولم يضمن قاتله) قبل العرض لانه مباح الدم (ولا تقتل المرتدة) لان المبيح للقتل كفر المحارب وقال الشافعى تقتل لعموم

النص وبه قال مالك وأحمد (بل تحبس) دائما (حتى تسلم) أى الى أن تسلم وتضرب فى كل ثلاثة أيام مبالغة فى الحمل على الاسلام ولو قتلها قاتل لايجب عليه شئ للشبهة والامة يجبرها مولاها (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا) أى مراعى عند أبى حنيفة ثم فسر الموقوف بقوله (فان أسلم) المرتد (عاد ملكه) اليه (وان مات) وهو مرتد (او قتل على ردته ورث كسب اسلامه وارثه المسلم) وذلك (بعد قضاء دين اسلامه وكسب ردته) أى الذى اكتسبه فى حال الردة (فىء) أى غنيمة وذلك (بعد قضاء دين ردته) أى بعد قضاء الدين الذى ركبه فى حال ردته وعندهما لايزول ملكه الا ان أبا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص ومحمدا جعله بمنزلة المريض وما اكتسبه موروث فى الحالين وعند الشافعى فىء فى الحالين وبه قال مالك وأحمد لانه مات كافرا والمسلم لايرث الكافر وهو مال حربى لا أمان له فكان فيأ ولهما ان الارث فيه يستند الى ماقبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وله ان ذلك يمكن فى كسب الاسلام لوجوده قبل الردة لافى كسب الردة لعدمه قبلها ثم اختلفت الروايات عن أبى حنيفة فيمن يرث المرتد فروى الحسن عنه انه يرثه من كان وارثا له وقت ردته وبقى كذلك الى وقت موته أو قتله أو القضاء بلحاقه حتى لو مات وارثه قبله أو حدث له وارث آخر بعد ارتداده بعتق أو اسلام أو علوق حادث لايرث لان السبب لايعتبر الافى حق من انعقد له ويشترط بقاؤه الى وقت تمام السبب لانه أوان الاستحقاق به وروى أبو يوسف انه يعتبر وجوده وقت الردة ولايبطل بموته أو بشئ آخر قبل موت المرتد وروى محمد انه يعتبر كونه وارثا عند موت المرتد أو قتله أو القضاء بلحاقه وهو الاصح وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل أو قضى عليه باللحاق وهى فى العدة لانه صار فارا بالردة لانها بمنزلة المرض وينبغى أن ترث على رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة اذا مات أو قتل أو قضى عليه باللحاق بعد انقضاء عدتها أو ارتد قبل الدخول بها الا انه لايشترط أن يكون وارثا الا عند الردة فى تلك الرواية فلا معنى لاشتراط قيام العدة عند الموت والمرتدة لايرثها زوجها الا انها لاتقتل فلم يتعلق حقه بمالها والزوجية قد انقطعت بالارتداد الا أن تكون مريضة فيرثها الان حقه تعلق بمالها فى مرضها فتصير فارة بالارتداد كتقبيلها ابن زوجها أو فسخها النكاح بخيار البلوغ ونحوها ويرثها أقاربها جميع مالها حتى المكسوب فى ردتها (وان حكم بلحاقه) أى بلحاق المرتد بأهل دار الحرب (عتق مدبره وأم ولده وحل دينه) أى الدين المؤجل الذى عليه لان اللحاق كالموت وعند الشافعى ليس كالموت فلا يعتق مدبره ولا أم ولده ولا يحل دينه الذى عليه لانه حى حقيقة وبه قال مالك وأحمد ثم دينه الذى لزمه فى حال الاسلام يقضى من كسب الاسلام عند أبى حنيفة ودينه اللازم فى الردة يقضى من كسب الردة وعنه انه يبدأ أولا بكسب الاسلام وعنه انه يبدأ بالقضاء من كسب الردة فان لم يف قضى من كسب الاسلام وقالا يقضى منهما جميعا لانهما ملكه فتقضى ديونه منهما والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهى على ماذكرنا وبطلت عليها العدة ولزوجها ان يتزوج أختها وأربعا سواها من ساعته لعدم العدة عليها ولو ولدت فى دار الحرب لاقل من ستة اشهر من وقت الردة يثبت نسبه من الزوج وان كان أكثر لايثبت نسبه ويسترق الولد تبعا لها وكذا يجبر على الاسلام (وتوقف مبايعته) أى مبايعة المرتد (وعتقه وهبته) ورهنه وتصرفه فى ماله ثم فسر الموقوف بقوله (فان امن نفذ) ما كان

موقوفا (وان هلك) بأن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب (بطل) هذا عند أبي حنيفة وقالا يجوز
هذه التصرفات عاد الى الاسلام أو لم يعد وهذا على الاصل المذكور وهو ان الردة تزيل
الملك زوالا مراعى عنده خلافا لهما واعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أنواع الاول نافذ
بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لانها
لا تستدعى الولاية الثاني باطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة له
والثالث موقوف بالاتفاق كالمفاوضة والتصرف على ولده الصغير ومال ولده لانها تعتمد المساواة
ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم والرابع مختلف فيه وهو ما بيناه (وان عاد) أى المرتد الى دار
الاسلام حال كونه (مسلما بعد الحكم بلحاقه فما) أى كل شئ (وجده فى يد وارثه اخذه) لانه أخذه
بطريق الخلفية فبعوده مسلما بطلت ثم انما يعود الى ملكه بقضاء أو رضا من الوارث لانه دخل فى
ملكه بحكم شرعى فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه (والا) أى وان لم يجد شيأ فى يد وارثه بأن أخرجه
عن ملكه أو أتلفه (لا) يضمنه لما ذكرنا ولا سبيل له على أمهات أولاده ولا مدبريه لان القاضى
قضى بعتقهن عن ولاية شرعية فلا يمكن نقضه ولو جاء مسلما قبل أن يقضى القاضى بذلك لم يخرج
عن ملكه (ولو ولدت أمة له) أى للمرتد (نصرانية لستة اشهر منذ) أى من حين (ارتد فادعاه)
أى ادعى المرتد الولد (فهى) أى الامة (أم ولده) لصحة استيلاده (وهو) أى الولد (ابنه) لصحة
الاستيلاد وهو (حر) لان المرتد لا يسترق (ولا يرثه) اى الولد لا يرث المرتد مع ثبوت نسبه منه
لان الام اذا كانت نصرانية يكون الولد مرتدا تبعا لابيه لانه أقرب الى الاسلام منها لكونه
يجبر عليه دونها والمرتد لا يرث أحدا ولا يمكن أن يجعل مسلما حتى يرثه لانه جاءت به لستة أشهر
فلم يتيقن بوجوده عند الردة حتى يكون مسلما تبعا له حتى لو ولدته لاقل من ستة أشهر يرثه للتيقن
بوجوده فى البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب ولا يمكن أن يجعل تبعا للدار حتى يكون
مسلما لان تبعية الدار لا تظهر مع الابوين بخلاف الولد الصغير اذا ارتد أبواه حيث يجعل مسلما
تبعا للدار ما لم يلحقا به دار الحرب لانه ثبت له حكم الاسلام قبل ردتهما فيبقى على تلك الصفة ما لم
يلحقا به دار الحرب بخلاف ما نحن فيه فانه لم يثبت له حكم الاسلام (ولو) كانت الامة (مسلمة)
فى المسئلة المذكورة (ورثه الابن ان مات) المرتد (على الردة او لحق بدار الحرب) لان الابن مسلم
والمسلم يرث المرتد وانما كان مسلما تبعا لها اذ هى خيرهما دينا ولكن لا يتصور هذا على قول أبى
حنيفة الا فى الرواية التى رواها عنه محمد فانه يعتبر كونه وارثا فيها وقت الموت أو القتل أو
القضاء باللحاق واما على الروايتين الاخيرتين فلا يتصور أن يرث لعدم كونه وارثا عند الردة
(وان لحق المرتد) دار الحرب (بماله فظهر) أى غلب (عليه) أى على المرتد (فهو) أى ماله (فئ)
أى غنيمة يعنى ليس لورثته سبيل عليه لان ملكهم غير ثابت فيه حيث الحقه به ابتداء وكذا ان
أخرجه تاجر بخلاف نفسه حيث لا يكون فيأ لان المرتد لا يسترق (فان رجع) المرتد بعد لحاقه
بدار الحرب بغير مال الى دار الاسلام (وذهب بماله) الى دار الحرب (وظهر عليه) أى على المرتد
(فلوارثه) أى فماله لوارثه لانه لما لحق أولا بدار الحرب ملكته الورثة فلهم ان يأخذوه قبل
القسمة بغير شئ وبعدها بالعوض وكذا لو اشتراه التاجر يأخذونه بالعوض على ما مر ومراده اذا
رجع بعد حكم الحاكم بلحاقه اما اذا رجع قبل الحكم به ولحق به ثانيا فلا سبيل لورثته على ذلك

المال لانهم لم يملكوه قبل حكم الحاكم بلحاقه على ما مرّ غير مرّة (فان لحق) المرتد بدار الحرب وترك عبدا فى دار الاسلام (وقضى بعبده) أى الذى تركه (لابنه فكاتبه) أى فكاتب الابن العبد (فجاء) المرتد الى دار الاسلام حال كونه (مسلما فالمكاتبة) أى فعقد المكاتبة (والولاء لمورثه) أى لمورث الابن وهو المرتد الذى جاء مسلما وذلك لان ملك الوارث خلف عن ملك المورث لاستغنائه فاذا جاء مسلما تبين انه محتاج اليه فيعاد اليه ملكه غير ان الكتابة لا يمكن فسخها لصدورها عن ولاية شرعية فجعلناه نائبا عنه وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه نظيره المكاتب اذا كاتب عبده ثم عجز وفسخت الكتابة الاولى تبقى الكتابة الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه بخلاف ما اذا رجع بعد اداء الكتابة لان الملك الذى كان له غير قائم بعده وبخلاف ما اذا باعه (فان قتل مرتد رجلا خطأ ولحق) بدار الحرب (او قتل) على الردّة (فالدية فى كسب الاسلام) خاصة عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا فيما اكتسبه فى حالة الاسلام والردّة جميعا وقد مرّ الاصل فيه واذا أسلم ثم مات أو لم يمت يكون فى الكسبين جميعا بالاتفاق لانّ الكل ماله ولهذا يجرى فيه الارث بالاتفاق (ولو ارتدّ) مسلم والعياذ بالله تعالى (بعد القطع) أى بعد ان قطع يده حال كون القاطع (عمدا) أى عامدا (ومات) على ردّته (منه) أى من القطع (ضمن القاطع نصف الدية فى ماله) خاصة لانّ العاقلة لا تعقل العمد ويكون ذلك (لورثته) أى لورثة المقطوع ولا يجب على القاطع شئ غير ذلك لان السراية حلت محلا غير معصوم فأهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم ومات من ذلك حيث لا يضمن شيأ لان دمه هدر فلا يلحقه الاعتبار بخلاف المعتبر فانه قد يلحقه الاهدار بالابراء فكذلك بالردّة فيجب عليه ضمان ما أتلفه وهو معصوم وهو اليد دون النفس (فان لم يلحق) بدار الحرب بعد القطع (وأسلم ومات ضمن) القاطع (الدية) كاملة عندهما وقال محمد وزفر يضمن نصف الدية لانّ اعتراض الردّة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام معتبرا ولهما انّ الجناية وردت على محل معصوم وتمت على محل معصوم فوجب كل الدية كما لو لم تتخلل الردّة بينهما (ولو ارتدّ مكاتب ولحق) بدار الحرب (فأخذ) المكاتب (بماله وقتل) على الردّة (فكتابته لمولاه) لانه لم يزل ملك المولى عن رقبته بالردّة غير انه صار دمه مباحا واباحة دم العبد لا يزول ملك سيده عنه كما لو وجب عليه قود والكتابة لا تبطل بالردّة والالتحاق بدار الحرب (وما بقى) من ماله (لورثته) أى لورثة المكاتب كما فى الموت الحقيقى (ولو ارتدّ الزوجان ولحقا) بدار الحرب (فولدت) ولدا هنالك (وولد له) أى الولد (ولد فظهر) أى غلب (عليهم) أى على الزوجين والولد وولد الولد جميعا (فالولدان) أى فالولد وولد الولد (فئ) أى غنيمة (ويجبر الولد على الاسلام لا) يجبر (ولد الولد) لانّ الولد يتبع الام فى الحرية والرق والمرتدة تسترق فكذا ولدها ويجبر الولد على الاسلام تبعا لابويه لانّ الاولاد يتبعون الآباء فى الدين فاذا تبعهما يجبر على الاسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لابيه لانه كافر أصلى وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه فى القتل حكم الكافر الاصلى وولد الولد يسترق ولا يقتل وهل يجبر على الاسلام فيه روايتان فى رواية يجبر رواها الحسن عن أبى حنيفة تبعا لجدّه وفى رواية لا يجبر لانه لو أجبر اما ان يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان أباه كان تبعا لابويه والتبع لا يكون له تبع أو تبعا لجدّه ولا وجه له لانّ تبعية الآباء فى الدين على خلاف القياس فلا يلحق به الجد ولو

الحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحوّاء صلوات الله عليهما وسلامه ولم يوجد في ذريتهما كافر غير المرتد (وارتداد الصبي العاقل صحيح) خلافا للشافعي وزفر لانه يلزمه احكام يشوبها ضرر كحرمان الارث ولزوم الفرقة بينه وبين امرأته المشركة أو المسلمة وامتناع وجوب نفقته على أبويه أو غيرهما من أقاربه وبه قال أبو يوسف وأحمد وبعض المالكية ولهما ما روى عن جابر رضي الله عنه انه عليه السلام قال كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فاذا أعرب عنه لسانه فاما شاكرا واما كفورا رواه أحمد وصحح عليه السلام ايمان علي رضي الله عنه وعن عروة انه قال أسلم علي وعمره ثمان سنين أخرجه البخاري فاذا صح اسلامه صحت ردته وانما قيد بقوله العاقل لان غير العاقل لا يعتبر منه الاسلام ولا الكفر (كاسلامه) أي كصحة اسلامه لما قلنا خلافا للشافعي وزفر أيضا (و) اذا صحت ردته (يجبر عليه) أي على الاسلام (ولا يقتل) لان القتل عقوبة ولا عقوبة على الصبي رحمة في حقه ويلحق الساحر بالمرتد وفي الفتاوى الساحر هل يقتل أو تقبل توبته ينظر ان اعتقد انه خالق لما يفعل فان تاب عن ذلك وقال الله خالق كل شئ وتبرأ عما اعتقده تقبل توبته ولا يقتل لانه كافر أسلم وان لم يتب يقتل لانه مرتد وفي المجرد قال أبو حنيفة يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله اني أترك السحر وأتوب منه اذا شهد الشهود انه الآن ساحر أو أقر بذلك وكذلك المرأة الساحرة تقتل لان عمر رضي الله عنه كتب الى نوابه أن اقتلوا الساحر والساحرة رواه البخاري وأحمد وأبو داود وفي المنتقى انها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة والاول أصح وكذلك الزنديق يقتل ولا تقبل له توبة وفي العيون تقبل توبته بالاجماع الا عند الشافعي ورواية عنا

هذا (باب) في بيان أحكام الخارجين (البغاة)

وهو جمع باغ كالقضاة جمع قاض من بغى اذا تعدى وظلم (خرج قوم) مسلمون (عن طاعة الامام وغلبوا على بلد دعاهم) الامام (اليه) أي الى نفسه أي الى طاعته وقال الشارح أي الى العود الى الجماعة وما قلنا أحسن وأصوب (وكشف شبهتهم) التي استندوا اليها في خروجهم عن الطاعة لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قرية من قرى الكوفة وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم قد علموا لماذا يقاتلون فصاروا كالمرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم (وبدأ) الامام (بقتالهم) يعني اذا تحيزوا وتهيؤا للقتال واجتمعوا له هكذا ذكر في الهداية وقال القدوري ولا يبدأ بقتالهم حتى يبدؤا به فان بدؤا به قاتلهم حتى فرق جمعهم وعند الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانهم مسلمون فلا يجوز قتل المسلم الا دفعا بخلاف الكفار فان نفس الكفر مبيح ولنا اطلاق قوله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله فصار قتالهم كقتال أهل الحرب والمروى عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على عدم الامام واما اعانة الامام فهي من الواجبات (ولو) كانت (لهم) أي للبغاة (فئة) أي جماعة (أجهز على جريحهم) يعني يتم جرحهم وهو كناية عن اتمام القتل (واتبع موليهم) دفعا لشرهم لئلا يلحق المولى والجريح بالفئة وعند الثلاثة لا يجهز ولا يتبع (والا) أي وان لم يكن لهم فئة (لا) يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لما روى عن مروان بن الحكم انه قال صرخ صارخ

لعلى رضى الله عنه يوم الجمل لا يقتلن مدبر ولا يذفف جريح ومن أغلق بابه فهو آمن ومن ألقى السلاح فهو آمن رواه سعيد بن منصور ويوم الجمل لم يكن لهم فئة (ولم تسب ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا) لانهم مسلمون فيكونون معصومين فى الدماء والاموال ولكن يحبس حتى يتوبوا فيرد عليهم بالاجماع (وان احتاج) الامام الى السلاح والخيل (قاتل بسلاحهم وخيلهم) لان عليا رضى الله عنه قسم سلاحهم بالبصرة بين أصحابه وكانت قسمة الحاجة لا التمليك وقال الشافعى لا يجوز لانه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه وبه قال مالك وأحمد وان لم يحتاجوا اليه حبسه عنهم كسائر أموالهم والكراع يباع ويحبس ثمنه لانه أيسر ولو كان معهم أهل الذمة يعينونهم على القتال فحكمهم حكم أهل البغى حتى لا يجوز استرقاقهم ولا أخذ أموالهم لان عهدهم لا ينتقض به (وان قتل باغ مثله) الباغى فى عسكرهم عمدا (فظهر عليهم) أى على البغاة (لم يجب شئ) يعنى لا قصاص ولا دية أما القصاص فلانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا ولاية للامام عليهم حالة القتل وأما الدية فلان القصاص لما لم يجب لم ينقلب موجبا بعده مالا كالقتل فى دار الحرب (وان غلبوا) يعنى البغاة (على مصر فقتل مصرى) أى رجل من أهل المصر (مثله) اى رجلا مثله من أهل المصر عمدا (فظهر على المصر قتل) المصرى القاتل (به) أى بالمقتول المصرى مثله لانه قتل عمد فيجرى فيه القصاص هذا اذا لم يجر على أهل المصر احكام أهل البغى بل أزعجهم الامام العدل قبل ذلك عن ذلك المصر لان ولاية امام أهل العدل لم تنقطع قبل أن تجرى احكامهم فيجب القصاص وبعد الاجراء ينقطع فلا يجب (وان قتل عادل باغيا أو قتله) أى العادل (باغ وقال) الباغى قتلته و (أنا على حق ورثه) أى ورث العادل الباغى فى المسئلة الاولى وورث الباغى العادل فى المسئلة الثانية فالاولى بالاجماع لانه قتل بحق فلا يمنع الارث وقال الشارح وقال الشافعى لا يرث العادل ايضا لانه قاتل واما الثانية فهى قولهما وعند ابى يوسف لا يرث لانه قتل بغير حق وبه قال الشافعى ومالك وأحمد فى رواية ولهما أنه اذا قال قتلته وأنا على حق يكون قتلا بحق لانه بتاويل صحيح عنده لانضمامه الى المنعة وان كان فاسدا فى نفس الامر الا ترى انه يسقط به الضمان فلا نوجب به الحرمان (وان قال) قتلته و (أنا على باطل لا) يرث اجماعا لانه قاتل بغير حق قال صاحب الهداية فى العادل اذا أتلف نفس الباغى أو ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغى اذا قتل العادل لا يجب عليه الضمان عندنا ويأثم لانه لا منعة فى حق الشارع وكذا قال فى البدائع لا يضمنون ما أصابوا من دمائنا وأموالنا اذا كانوا على منعة وكذا أهل العدل لا يضمنون ما أصابوا من دمائهم وأموالهم لان ما أتلفوا دفعا لقتالهم عن أنفسهم والعادل اذا أتلف عادلا عبدا أو حرا او ماله دفعا لقتاله لا يضمن فالباغى أولى وفى الاختيار قال محمد اذا تابوا أفتيتهم أن يغرموا ولا أجبرهم على ذلك لانهم أتلفوا بغير حق فبسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى وفى المحيط العادل اذا أتلف مال باغ يؤخذ بالضمان لان مال الباغى معصوم فى حقنا وأمكن التزام الضمان فكان فى ايجابه فائدة بخلاف ما اذا أتلفوا مال العادل فعلى هذا ما ذكره فى الهداية والبدائع من عدم وجوب الضمان محمول على ما اذا أتلفه حال القتال بسبب القتال اذ لا يمكنه أن يقتلهم الا باتلاف شئ من مالهم كالخيل والقماش الذى عليهم وعند ارسال الماء والنار عليهم واما اذا أتلفوها فى غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان

لان

لان ماله‍م معصوم واعتقاد الحرمة موجود فلا مانع من وجوب الضمان والاثم (وكره بيع
السلاح من اهل الفتنة) لانه اعانة على المعصية (وان لم يدر) أى وان لم يعلم (انه) أى الرجل الذى
يبيع له السلاح (منهم) اى من أهل الفتنة (لا) يكره البيع له لان الغلبة فى دار الاسلام لاهل الصلاح
وعلى الغالب تبنى الاحكام دون النادر وانما يكره بيع نفس السلاح دون مالا يقاتل به الا بصنعة
كالحديد لان المعصية بيع نفس السلاح بخلاف الحديد ألا ترى ان العصير والخشب الذى يتخذ
منه المعازف لايكره بيعه وكذا بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة
الطيارة لان عينها ليست منكرة وانما المنكر فى استعماله المحظور ثم ذكروا ان الحديد لايجوز
بيعه من أهل الحرب وأجازوه من أهل البغى والفرق أن أهل البغى لا يتفرغون لاستعمال الحديد
سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبة أو بتفريق جمعهم بخلاف اهل الحرب والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (اللقيط) *

هو فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح وهو اسم لشئ منبوذ فى اللغة وفى الشرع اسم لمولود
حى طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا سمى به باعتبار مايؤول اليه (ندب) أى
استحب (التقاطه) أى التقاط اللقيط ان غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان فى مصر او قرية
لما فيه من احياء النفس وعند الثلاثة فرض كفاية ووجب التقاطه (ان خيف الضياع) أى
ضياع اللقيط بأن وجده فى مفازة أو مسبعة أو بئر ونحوها صيانة له ودفعا للهلاك عنه وعند
الثلاثة فرض عين (وهو) أى اللقيط (حر) لانه الاصل فى بنى آدم ولان الدار دار الاسلام فمن كان
فيها يكون حرا باعتبار الاصل وهو الظاهر والغالب وهو حر فى جميع أحكامه حتى ان قاذفه يحد
ولا يحد قاذف أمه لوجود ولد منها لايعرف له أب (ونفقته) أى نفقة اللقيط (فى بيت المال)
لانه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب فصار كالمقعد الذى لا مال له ولا قريب ولو أنفق عليه الملتقط
يكون متبرعا لانه ليس له ولاية الالزام الا أن يأمره القاضى بالانفاق عليه فيرجع على اللقيط
بها ثم مجرد أمر القاضى بالانفاق عليه يكفى للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوى كما اذا
قضى شخص دينا عن شخص بأمره فانه يرجع عليه وفى الاصح لا يرجع على اللقيط بمجرد الامر
الا اذا صرح له بأنه ينفق عليه ليرجع عليه لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه
بالاحتمال (كارثه) أى كما يكون ارثه فى بيت المال (وجنايته) فيه أيضا (ولا يأخذه) أى
اللقيط (منه) أى من الملتقط (احد) لان يده سبقت اليه فكان أحق بحفظه وليس لغيره ان ينزعه
منه الا باذنه ولو دفعه هو الى غيره ليس له ان يسترده لانه رضى باسقاط حقه ولو دفعه الى القاضى
فله ان لا يقبل منه لاحتمال انه ولده دفعه اليه ليكون مؤنته فى بيت المال وان أقام بينة انه التقط
أو علم القاضى بذلك فكذلك له ان لا يقبله منه لانه بالتقاطه التزم حفظه وتربيته ثم أراد
أن يعزل نفسه فلا يسمع ان شاء كالوصى اذا أراد عزل نفسه بعد موت الموصى (ويثبت نسبه)
أى نسب اللقيط (من واحد) يعنى اذا ادعاه ولم يدعه الملتقط لما فيه من نفع الصغير لان الناس
يتفاخرون بالانساب ويعيرون بعدمها واذا ثبت نسبه ترتب عليه أخذه فتبطل يد الملتقط هذا
اذا لم يدع الملتقط معه وان ادعاه فدعوة الملتقط أولى وان كان ذميا والآخر مسلما لانه صاحب يد
(و) يثبت نسبه (من اثنين) أيضا كما يثبت من واحد وذلك عند عدم المرجح لاحدهما من يد أو بينة

أو ذكر علامة فيكون ابنهما لاستوائهما فى النسب فان ذكر أحدهما علامة فى جسده أو سبق فى الدعوى كان أولى لشهادة الظاهر فى ذكر العلامة ولعدم المنازع فى سبق الدعوى وعن مالك لا يثبت نسبه الا ببينة وعن أشهب يثبت بالدعوى (وان وصف أحدهما) أى أحد الاثنين (علامة به) أى باللقيط (فهو) أى الواصف (أحق به) أى باللقيط لما ذكرنا وعند الشافعى يرجع الى قول القائف المدلجى ليلحقه بأحدهما وان لم يكن مدلجى فقائف آخر لانه عليه الصلاة والسلام حكم بالقائف فى مثله وبه قال أحمد قلنا لا علم للقائف بذلك قال الله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم والقائف من يعرف الآثار ويشبه الاولاد بالآباء فيخبر ان هذا الولد لفلان وان وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر بالاعتبار ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لعدم المنازع ولو ادعى الآخر بعده لا يقبل الا ببينة ولو ادعت امرأتان قضى به لهما عند أبى حنيفة وعندهما لا يقضى لواحدة منهما لان ثبوت النسب منهما يتعلق بحقيقة الولادة وهو محال منهما بخلاف الرجل (و) يثبت نسبه أيضا من (ذمى) ان ادعاه (وهو) أى اللقيط (مسلم) لانه لا يلزم من كونه ابناله أن يكون كافرا كما لو أسلمت أمه ولكن هذا (ان لم يكن) وجد اللقيط (فى مكان أهل الذمة) مثل البيعة والكنيسة والقرية من قراهم وهذا تصريح بأن المعتبر هو المكان وقد اختلف فيه فمنهم من اعتبره ومنهم من اعتبر الواجد والحاصل ان هذا على أربعة أوجه الاول أن يجده مسلم فى مكان المسلمين كالمسجد أو القرية أو المصر للمسلمين فيكون مسلما والثانى أن يجده كافر فى مكان أهل الكفر كالبيعة ونحوها فيكون كافرا والثالث ان يجده كافر فى مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم فى مكان الكافرين ففيهما اختلاف الرواية ففى كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه وفى رواية ابن سماعة العبرة للواجد لقوة اليد وفى رواية أيهما كان موجبا للاسلام فهو المعتبر لان الاسلام أنفع له وهو أوثق وفى رواية يحكم زيه فان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الكفر نحو الصليب والزنار فهو كافر (و) يثبت نسبه أيضا (من عبد) اذا ادعاه (وهو) أى اللقيط (حر) لان العبد قد يلد له حر والدار دار الاحرار والحرية الظاهرة لا تبطل بالشك ولو قال العبد هو ولدى من زوجتى وهى أمة فصدقه مولاها يثبت نسبه ويكون حرا عند محمد وقال أبو يوسف يكون عبد السيدها والحر أولى من العبد فى دعوة اللقيط ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الامة فالذى يدعى من الحرة أولى والمسلم أولى من الذمى عند التنازع لانه أنفع له اذا كان حرا وان كان عبدا فالذمى أولى (ولا يرق) اللقيط (الا ببينة) لانه حكم بحريته بالدار فلم يتغير ذلك الا بالحجة ويشترط أن يكون الشهود مسلمين لانه مسلم بالدار أو باليد فلا يحكم عليه بشهادة الكافر الا اذا اعتبر كافرا بوجوده فى موضع أهل الذمة والخصم فيه هو الملتقط باعتبار يده (وان وجد معه) أى مع اللقيط (مال فهو) أى المال (له) أى للقيط لانه فى يده وهو من أهل الملك لكونه حرا وكذا اذا كان المال مشدودا على الدابة واللقيط عليها للشهادة الظاهرة من حاله ويصرفه الملتقط عليه بأمر القاضى عند البعض لانه مال ضائع لا يعرف له مالك وقيل يصرفه عليه بغير أمره لانه مال الملتقط ظاهرا (ولا يصح للملتقط عليه) أى على اللقيط (نكاح) أى تزويج لان ولاية التزويج تستحق بقرابة او بسلطنة ولم يوجد شىء من ذلك (و) كذا لا يصح للملتقط عليه (بيع) ماله لان التصرف فى

المال

المال لايجوز الا بكمال الرأى ووفور الشفقة وذلك يوجد فى الاب والجد لاغير ولهذا لا تملكه الام مع أنها تملك الانكاح فهذا أولى (و) كذا (اجازة) أى اجارة اللقيط للاستخدام لان الاجارة لا يملكها من لا يملك اتلاف منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك أن يؤجره كالعم بخلاف الام فانها تملكه على ما عرف وذكر القدورى أن له أن يؤجره والذى ذكره الشيخ أصح وهى رواية الجامع الصغير (ويسلمه) أى يسلم الملتقط اللقيط (فى حرفة) لانه نفع محض له (ويقبض) الملتقط (هبته) أى هبة اللقيط يعنى اذا وهب له فللملتقط أن يقبضها له لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (اللقطة)

هى مثل اللقيط فى الاشتقاق والمعنى اللغوى وهى بضم اللام وفتح القاف اسم للمال الملتقط فان قلت ما هذه الصيغة قلت قال الشارح هو اسم الفاعل للمبالغة وبسكون القاف اسم للمفعول كالضحكة وسميت هذه بهذا الاسم مبالغة لزيادة معنى اختص به وهو أن كل من رآها يميل الى رفعها فكأنها تأمره بالرفع لانها حاملة اليه فأسند اليها مجازا فجعلت كأنها هى التى رفعت نفسها ونظيره قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب وهو اسم فاعل سميت بذلك لان من رآها يرغب فى الركوب والحلب فنزلت كأنها أحلبت نفسها أو أركبت نفسها وفيه تعسف وليس كذلك بل اللقطة سواء كان بفتح القاف أو بسكونها اسم موضوع على هذه الصيغة للمال الملتقط وليس هذا مثل الضحكة ولا مثل ناقة حلوب ودابة ركوب لان هذه صفات تدل على الحدوث والتجدد غير ان الاول للمبالغة فى وصف الفاعل أو المفعول والثانى والثالث بمعنى المفعول للمبالغة كما عرف فى موضعه ويندب رفع اللقطة وعند الشافعى فى قول يجب وعن أحمد ومالك يندب تركها وهو رواية عنا واذا خاف ضياعها يجب وعند البعض لا يحل رفعها مطلقا وهذا فاسد وقال فى شرح الطحاوى اذا وجد لقطة فالافضل له أن يرفعها اذا كان يأمن على نفسه واذا كان لا يأمن لا يرفعها وفى شرح الاقطع يستحب أخذ اللقطة ولا يجب وفى النوازل قال أبو نصر محمد بن محمد ابن سلام ترك اللقطة أفضل فى قول أصحابنا من رفعها ورفع اللقيط أفضل من تركه وفى خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يفترض الرفع وان لم يخف يباح رفعها أجمع العلماء عليه والافضل الرفع فى ظاهر المذهب وفى فتاوى الولوالجى اختلف العلماء فى رفعها قال بعضهم رفعها أفضل من تركها وقال بعضهم يحل رفعها وتركها أفضل وفى شرح الطحاوى ولو رفعها ووضعها فى مكانه ذلك فلا ضمان عليه فى ظاهر الرواية وقال بعض مشايخنا هذا اذا أخذ ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضع هنالك فأما اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها ووضعها فيه فانه يضمن وقال بعضهم اذا أخذها ثم أعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية (لقطة الحل) وهو خارج الحرم (و) لقطة (الحرم) سواء عندنا وعند الشافعى يجب التعريف فى لقطة الحرم الى أن يجىء صاحبها وبه قال أحمد ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل وهى (أمانة ان أخذ) الملتقط (ليرد) اللقطة (على ربها) أى على صاحبها (وأشهد) الملتقط على ذلك لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا لقوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان

جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وان لم يجئ صاحبها فهو مال الله تعالى يؤتيه من يشاء رواه أحمد وابن ماجه وعن أبي يوسف لا يشترط الاشهاد كما لو أخذها باذن المالك وبه قالت الثلاثة ولو لم يشهد يضمن عند أبي حنيفة ومحمد لان الاشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه صاحبها أنه أخذها ليردها عليه لا يضمن وان لم يشهد لان اقراره حجة عليه ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمن لوجود التعدي على مال الغير كالغاصب وان لم يشهد عند الالتقاط وادعى أنه أخذها للرد وادعى صاحبها أنه أخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها عندهما وقال أبو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن واذا لم يمكنه الاشهاد بأن لم يجد أحدا وقت الالتقاط أو خاف من الظلمة عليها فلا يضمن بالاتفاق وان أشهد عند الاخذ وعرفها ثم ردها الى موضعها لم يضمن وذكر الحاكم في مختصره ان ردها بعد ما حولها ضمن لانه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعا لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما اذا لم يشهد حيث لا يبرأ من الضمان به اتفاقا لان الظاهر انه أخذه لنفسه فلا يبرأ بغير الرد على صاحبه وكيفية الاشهاد أن يقول من رأيتموه ينشد ضالة فدلوه على سواء كانت اللقطة واحدة أو أكثر (وعرف) بالتشديد أي الملتقط عرف اللقطة في الموضع الذي لقيها فيه وفي الاسواق والشوارع والمساجد ويقول من ضاع له شيء فليطلبه عندي (الى أن علم) أي الى أن غلب على ظنه (ان ربها) أي صاحبها (لا يطلبها) وهو الصحيح لان ذلك يختلف بقلة المال وكثرته وروى محمد عن أبي حنيفة أنه ان كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول الشافعي ومالك وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها ان كانت مائتي درهم فصاعدا يعرفها حولا وفيما فوق العشرة الى مائتين شهرا وفي العشرة جمعة وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام وفي درهم يوما وان كانت تمرة ونحوها تصدق بها مكانها وان كان محتاجا أكلها مكانها وفي الهداية اذا كانت اللقطة شيأ يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه مباحا ويجوز الانتفاع به من غير تعريف لكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وفي الواقعات المختار في القشور والنواة يملكها وفي الصيد لا يملكه وان جمع سنبلا بعد الحصاد فهو له لاجماع الناس على ذلك وان سلخ شاة ميتة فهو له ولصاحبها ان يأخذه منه وكذلك الحكم في صوفها (ثم تصدق) باللقطة اذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف وان شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها (فان جاء ربها) أي صاحب اللقطة بعد ما تصدق بها الملتقط فهو بالخيار ان شاء (نفذه) أي التصدق وله ثواب الصدقة (أو ضمن الملتقط) ان شاء لانه تصرف في ماله بغير اذنه سواء كان تصدق الملتقط بأمر القاضي أو بغير أمره في الصحيح وله أن يضمن الفقير لانه أخذ ماله لنفسه من غير اذنه ولا يرجع الفقير على الملتقط بما لحقه من الضمان ولا الملتقط يرجع على الفقير هذا اذا هلكت العين في يد الفقير وان كانت قائمة أخذها صاحبها ان لم يمض الصدقة لانه وجد عين ماله (وصح التقاط البهيمة) يعني جاز الالتقاط في نحو الشاة والبقر والابل والفرس لانه مال يتوهم ضياعه فيستحب أخذه ليرده على صاحبه وعند الشافعي لا يصح في الكبار ويصح في الصغار وعند مالك لا يصح في الابل والخيل والبغال والحمير فقط وعند أحمد لا يصح في الكل وعنه يصح في الغنم وما روي من قوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عن ضالة الابل مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها

تردالماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها رواه البخارى ومسلم فمحمول على انه كان فى ديارهم اذ كان
لايخاف عليها من شئ ونحن نقول فى مثله يتركها وهذا الآن فى بعض البلاد الدواب يسيبها أهلها
فى البرارى حتى يحتاجوا اليها فيمسكوها وقت حاجتهم ولا فائدة فى التقاطها فى مثل هذه الحالة
والذى يدلك على هذا مارواه مالك فى الموطا عن ابن شهاب قال كان ضوال الابل فى زمن
عمر رضى الله عنه ابلا مؤبلة تتناتج لايمسها أحد حتى اذا كان عثمان رضى الله عنه أمر بمعرفتها ثم
تباع فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها قال الجوهرى اذا كانت الابل للقنية فهى ابل مؤبلة (وهو)
أى الملتقط (متبرع فى الانفاق على اللقيط واللقطة) لانه لا ولاية له فى الايجاب على ذمتهما فصار كما
اذا قضى دين غيره بغير أمر المدين (و) الانفاق عليهما (باذن القاضى يكون دينا) على صاحبهما
لان للقاضى ولاية فى مال الغائب نظرا له فصار أمره كامر المالك ولا يأمره بالانفاق حتى يقيم
البينة انها لقطة عنده وفى الصحيح لانه يحتمل أن يكون غصبا فى يده فيحتال لايجاب النفقة على
صاحبها وهذه البينة ليست للقضاء وانما هى لينكشف الحال فتقبل مع غيبة صاحبها وان عجز
عن اقامة البينة يأمره بالانفاق عليها بعد أن يقول عند ثقات أشهدوا انى أمرته بالانفاق ان كان
الامر كما قال وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينبغى للحاكم أن يحلفه وانما يامره بالانفاق عليها يومين
أو ثلاثة بقدر ما يقع عنده أنه لو كان المالك حاضرا لظهر (ولو كان لها) أى للقطة (نفع) بأن
كانت بغلا أو حمارا أو جملا (أجرها) القاضى الى مدة (وأنفق عليها) من أجرتها لما فى ذلك من
المصلحة (والا) أى وان يكن لها نفع بأن كانت شاة أو حمارا لا يؤجر مثله أنفق عليها بقدر ما يرى
من المدة ولم يظهر مالكها (باعها) لان النفقة على وجه الاستمرار تستأصل قيمتها ثم الثمن يقوم
مقام العين فيما ذكرنا من التعريف والتصدق به وفى كونه أمانة فى يده وفى البدائع لا يبيعها
القاضى حتى يقيم البينة على نحو ماذكرنا فى الانفاق والآبق فى هذا كاللقطة الا أنه لا يؤجر لانه
يخاف عليه أن يأبق (ومنعها) أى منع الملتقط اللقطة (من ربها) أى صاحبها اذا جاء يطلبها
(حتى يأخذ) منه (النفقة) التى أنفق عليها لان هذا دين صحيح فأشبه جعل الآبق ثم لا يسقط هذا
الدين بهلاك العين فى يد الملتقط قبل حبسها لانه لا تعلق له به حقيقة وانما يأخذ صفة الرهن عند
الحبس كالوكيل بالشراء اذا نقد من مال نفسه له ان يرجع به على الموكل ولو هلك قبل الحبس
لا يسقط ما وجب له على الموكل وبعده يسقط لانه صار فى معنى الرهن عند اختياره الحبس
فيهلك بما حبسه فيه فكذا هذا (ولا يدفعها) أى ولا يدفع الملتقط اللقطة (الى مدعيها) أنها له
(بلا) اقامة (بينة) لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى (فان بين) المدعى بأن أعطى
(علامتها حل) للملتقط (الدفع) اليه أى من غير أن يجبر عليه فى القضاء والعلامة مثل أن يسمى
عدد الدراهم ووزنها ووكاءها ووعاءها وقال الشافعى ومالك يجبر على دفعها لما روى مسلم من قوله
صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها وعددها فأعطها اياه والا فهى لك
وهذا أمر وهو للوجوب ولنا ان هذا مدع وعليه البينة لما رويناه والعلامة لاتدل على الملك
ولا على اليد لان الانسان قد يقف على مال غيره ويخفى عليه مال نفسه فلا عبرة بها وما رواه محمول
على الجواز توفيقا بين الاخبار لان الامر قد يراد به الاباحة وبه نقول وان دفع اليه بذكر العلامة
ثم جاء آخر وأقام بينة أنها له فان كانت قائمة أخذها منه وان كانت هالكة يضمن أيهما شاء

ويرجع الملتقط على الآخذ ان ضمن ولا يرجع الآخذ على أحد وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا عند الدفع وقيل يجبر وان دفعها اليه بتصديقه ثم أقام آخر بينة أنها له فان كانت قائمة أخذها منه وان كانت هالكة فان كان دفع اليه بغير قضاء فله أن يضمن أيهما شاء فان ضمن القابض فلا يرجع به على أحد وان ضمن الملتقط فله أن يرجع به على القابض وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا لما ذكرنا وفى الاختيار اذا دفع اليه بتصديقه ليس له أن يرجع على القابض فعلى هذا لا فرق بينهما ولا يأخذ منه كفيلا وان كان دفعها اليه بقضاء ضمن القابض لما ذكرنا ولا يضمن الملتقط لانه مقهور وان أقام الحاضر بينة أنها له فقضى بالدفع اليه ثم حضر آخر وأقام بينة أنها له لم يضمن (وينتفع الملتقط (بها) أى باللقطة (لو) كان (فقيرا) لان فى ذلك نظر الجانبين (والا) أى وان لم يكن فقيرا لم يجز أن يتصدق بها على نفسه بل (تصدق على) فقير (أجنبى) كان أو قريبا منه وهو معنى قوله (وصح) أى التصدق (على أبويه) أى أبوى الملتقط (وزوجته وولده لو) كان كل واحد منهم (فقيرا) لان المبيح هو الفقر فلا يحتاج بين أن يكون هو أو قريبه أو أجنبى لحصول المقصود بالكل وهو التصدق على محتاج وأباح الشافعى للواجد وان كان غنيا لحديث أبى بن كعب رضى الله عنه فيما رواه مسلم وأحمد عرفها فان جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها فأعطها اياه والا فاستمتع بها ولنا قوله عليه السلام فليتصدق به ومحل الصدقة الفقراء وليس له حجة فى حديث أبى لانه حكاية حال فيجوز أنه عليه الصلاة والسلام عرف فقره ا ما الديون عليه أو لقلة ماله أو يكون اذنا منه عليه السلام بالانتفاع به وذلك جائز عندنا من الامام على سبيل القرض ويحتمل أنه عليه السلام عرف أنه كان فى مال كافر حربى

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الاباق) *

وهو مصدر ابق العبد اذا هرب والفاعل منه آبق وهو العبد المتمرد على مولاه (أخذه) أى أخذ الآبق (أحب ان قوى) أى قدر (عليه) أى على الآبق لان فيه احياء ماليته ثم له الخيار ان شاء حفظه بنفسه ان كان يقدر عليه وان شاء رفعه للامام فاذا رفعه اليه لا يقبله منه الا باقامة البينة ثم يحبسه الامام تعزيرا له وينفق عليه من بيت المال ويجعلها دينا على مالكه واذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضى وحفظ ثمنه واختلفوا فى الضال فقيل أخذه أفضل احياء له وقيل تركه أفضل واذا رفعه الى الامام لا يحبسه لانه لا يستحق التعزير ولا يأبق وان كان له منفعة أجره وأنفق عليه من أجرته (ومن رده) أى الآبق (من مدة سفر) وهى مسيرة ثلاثة أيام (فله أربعون درهما) استحسانا والقياس أن لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعى لانه متبرع بمنافعه فأشبه رد العبد الضال وعند مالك عليه أجرة المثل بلا سفر وكذا اذا أخذه من المصر وان أخذه من خارجه فكقولنا وعند أحمد دينار أو اثنا عشر درهما مطلقا وعنه لو جاء من المصر عشرة ومن خارجه أربعون درهما ولنا ما روى عن عمرو بن دينار لم نزل نسمع أنه عليه السلام قال جعل الآبق أربعون درهما وروى محمد بن الحسن فى أول كتاب جعل الآبق عن أبى يوسف عن أبى حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبى عمرو الشيبانى قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم بأباق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب أجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء عن كل رأس أربعين درهما وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضا كذا ذكر الحاكم

في الكافي والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل وان اختلفوا في مقداره
فروى عن ابن مسعود انه أوجب أربعين درهما على ما ذكرنا وأوجب عمر رضي الله عنه دينارا
أو اثني عشر درهما وأوجب علي رضي الله عنه دينارا أو عشرة دراهم وعن عمار بن ياسر رضي
الله عنه انه قال ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج المصر استحق أربعين درهما فيحمل
الكل على السماع لان الرأي لا مدخل له في التقدير ثم يحمل قول من قال أربعين على مسيرة سفر
ومادونه على مادونها توفيقا وتلفيقا وقوله (ولو قيمته) واصل بما قبله أي يجب أربعون درهما ولو
كانت قيمة الآبق (أقل منه) أي من أربعين عند أبي يوسف لانه هذا تقدير الشرع فلا يحط
منه بنقصان القيمة كصدقة الفطر وقال محمد تجب عليه قيمته الا درهما لان وجوبه ثبت احياء
لحقوق الناس ونظرا لهم وليس من النظر ايجاب أربعين لرد من لا يساوي ذلك (ومن رده) أي
الآبق (لاقل منها) أي من مدة السفر (فبحسابه) أي فالواجب بحساب ذلك لان العوض
يوزع على المعوض ضرورة المقابلة وذكر في الاصل أنه يرضخ له اذا وجد في المصر أو خارج المصر
وعن أبي حنيفة أنه لا شئ له في المصر ثم ان اتفقا على الرضخ فلا كلام وان اختلفا فالامام يقدره
وان رده أكثر من مدة السفر لا يزاد على أربعين درهما وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد
منهم بقدر نصيبه فلا يأخذ من أوفى حتى يوفي كله كالمبيع المحبوس بالثمن وان رد عبدين أو أكثر
يجب لكل واحد منهم أربعون درهما ولو رد جارية معها ولد صغير يكون تبعا للام فلا يزاد على
الجعل شئ وان كان مراهقا يجب ثمانون درهما (والمدبر وأم الولد كالقن) لانهما مملوكان للمولى
بخلاف المكاتب لانه أحق بمكاسبه هذا اذا ردهما في حياة المولى وان ردهما بعد موته فلا جعل له
لان أم الولد تعتق بموته فتكون حرة ولا جعل له في الحرة وكذا المدبر ان خرج من الثلث لما ذكرنا
وان لم يخرج فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة هو كالمكاتب فلا جعل فيه وان رد القن بعد موت
المولى يستحق الجعل ان كان الراد أجنبيا وان كان وارثا ينظر ان أخذه بعد الموت لا يستحق شيأ
وان أخذه في حياته ثم مات يستحق الجعل في حصة غيره عندهما خلافا لابي يوسف ولو رد عبد أبيه
أو أخيه أو سائر أقاربه لا يجب له الجعل اذا كان في عيال المولى ولو لم يكن في عياله وجب الجعل
له الا الابن اذا رد عبد أبيه أو أحد الزوجين رد عبد الآخر وكذا الوصي اذا رد عبد اليتيم
لا يستحق الجعل ولا جعل للسلطان اذا رد آبقا (وان أبق) الآبق (من الراد لا يضمن) لانه أمانة
في يده اذا أشهد وقت الاخذ ولا جعل له لانه لم يرده على مولاه ولو أخذه غيره فرده على مولاه
فالجعل له لانه هو الراد هذا اذا صدقه المولى في الاباق وان كذبه فالقول قول المولى الا اذا أقام
البينة على اقرار المولى بأنه أبق ولو جاء به الى المولى فأعتقه قبل التسليم اليه استحق الجعل لان
الاعتاق قبض معنى ولو دبره والمسألة بحالها فلا جعل له حتى يقبضه ولو باعه من الراد استحق
الجعل بخلاف ما اذا وهب له قبل التسليم وان هلك في يده فلا ضمان عليه لما ذكرنا ولا جعل له
(ويشهد) الذي يمسك الآبق (أنه أخذه ليرده) الى مولاه لان الاشهاد يدل على ذلك وتركه يدل
على أنه أخذه لنفسه حتى لو تركه يكون ضامنا ولا يستحق الجعل اذا رده عندهما وعند أبي
يوسف لا يضمن ويستحق الجعل اذا رده وقد مر الاصل في كتاب اللقطة (وجعل) العبد الآبق
(الرهن على المرتهن) لانه حيي دينه بالرد والرد سواء كان في حياة الراهن أو بعده هذا اذا كان

كله مضمونا بأن كانت قيمته مثل الدين أو أقل فان كان بعضه امانة بأن كانت قيمته أكثر من الدين جعل حصة المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن وان كان مديونا فالجعل على المولى ان اختار قضى ما عليه من الديون وان أبى بيع العبد وأخذ الراد جعله من ثمنه وما بقى يعطى لاصحاب الديون وان كان جانيا فان اختار المولى الفداء فالجعل عليه وان اختار دفعه بالجناية فالجعل على ولى الجناية وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب فى الهبة بعد الرد لان الملك للموهوب له عند الرد فزواله بالرجوع بعد ذلك كزواله بغيره من الاسباب وجعل عبد الصبى فى ماله وجعل المغصوب على الغاصب وجعل عبد رقبته لرجل وخدمته لآخر على صاحب الخدمة فى الحال فاذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة و يباع العبد به لانه بمنزلة العبد المشترك (وأمر نفقته) أى نفقة الآبق (كاللقطة) لانه لقطة حقيقة فيكون حكمه كحكمه من ان الآخذ اذا أنفق عليه من غير اذن القاضى يكون متبرعا ولا بد من اشتراط الرجوع على المولى عند الاذن وفى حبسه بالنفقة عند حضور مولاه غير أنه لا يؤجره والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (المفقود)

وهو المعدوم لغة من فقدت الشئ اذا طلبته فلم تجده وقيل هو من الاضداد تقول فقدت الشئ اذا أضللته وفقدته أى طلبته وفى الشرع (هو) أى المفقود (غائب لم يدر) أى لم يعلم (موضعه وحياته وموته) وأهله فى طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفى عليهم أثره فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد (فينصب القاضى من يأخذ حقه) يعنى يقبض غلاته والديون التى أقر بها غرماؤه لانه من باب الحفظ ولا يخاصم فى دين لم يقر به الغريم ولا فى نصيب له فى عقار أو عرض فى يد غيره (ويحفظ ماله) بعد قبضه (ويقوم عليه) فلا يبيع منه شيأ الا ما يخاف عليه الفساد لانه ان تعذر حفظه صورة فقد تعين معنى (وينفق) المنتصب (منه) اى من مال المفقود (على قريبه ولادا) أى من حيث الولاد وهو فروعه وأصوله فينفق على آبائه وأجداده وان علوا وعلى أولاده وان سفلوا (و) ينفق على (زوجته) أيضا لان نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضى ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه من غير قضاء ويكون القضاء اعانة فلا يكون قضاء على الغائب بخلاف نفقة غير هؤلاء كالاخوة والاعمام وغيرهم من ذوى الرحم المحرم غير الولاد لان نفقتهم لا تجب الا بقضاء القاضى لما أنه مختلف فيه فلو قضى لهم كان قضاء على الغائب وهو لا يجوز والمراد من ماله الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والقضاء على الغائب لا يجوز والتبر بمنزلتهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالنقود وهذا اذا كان فى يد القاضى وان كان وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمدين مقرين بالوديعة والدين والنسب والنكاح اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى وان كانا ظاهرين فلا حاجة الى اقرارهما وان كان أحدهما ظاهرا دون الآخر يشترط الاقرار بما ليس بظاهر فى الصحيح وان دفعا اليهم بغير اذن القاضى ضمن المودع ولا يسقط الدين بخلاف ما اذا دفعا الى القاضى نفسه أو الى غيره بأمره فان كانا جاحدين أصلا أو كانا جاحدين السبب من النسب والزوجية لم ينتصب أحد من المستحقين خصما فيه لان ما يثبته للغائب وهو المال لم يتعين لحقه لجواز أن يكون له مال آخر غيره بخلاف ما اذا كان حقه متعينا فيه

كالعبد يدّعى على رجل أنه اشتراه من مولاه الغائب وأعتقه فانه يقضى على الغائب فى مثله ضرورة (ولا يفرق) القاضى (بينه) أى بين المفقود (وبينها) أى وبين امرأته وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ان شاءت وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى رواية لان عمر رضى الله عنه فعل كذلك فى الذى استهوته الجن فى المدينة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى امراة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وعمر رضى الله عنه رجع عن هذا (وحكم بموته) أى بموت المفقود (بعد تسعين سنة) لان الغالب لا يعيش أكثر من ذلك وبه قال أحمد والشافعى فى قول وأبى يوسف قدّره بمائة سنة وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قدّره بمائة وعشرين سنة وفى ظاهر الرواية مقدر بموت الاقران فى بلده والمختار أنه يفوّض الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف البلاد والطبائع وفى فتاوى الولوالجى قال بعضهم هو مفوّض الى رأى القاضى يعنى أى وقت رأى المصلحة حكم بموته قلت الذى ذكره الشيخ هو الذى ذكره الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا فى الخلاصة وقال المتأخرون من مشايخنا انها ستون سنة رفقا بالناس ودفعا للحرج عنهم (وتعتد امرأته وورث منه) أى من المفقود (حينئذ) أى حين حكم بموته (لا قبله) أى قبل ذلك حتى لا يرثه الا ورثته الموجودون فى ذلك الوقت لا من مات قبل ذلك الوقت من ورثته (ولا يرث) المفقود (من أحد مات) من أقاربه حال فقده قبل الحكم بموته لان بقاءه حيا الى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لان يستحق به مال الغير وانما يدفع به استحقاق ماله غيره فيكون كأنه حى فى ماله ميت فى حق مال غيره هذا اذا لم تعلم حياته الى أن يحكم بموته وان علم حياته فى وقت من الاوقات يرث ممن مات قبل ذلك الوقت ولهذا يوقف نصيبه من مال من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه كما فى الحمل لاحتمال أن يكون حيا فيرث فان تبين حياته فى وقت مات فيه قريبه كان له والا يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذى وقف من ماله وكذا اذا أوصى له يوقف الموصى به الى أن يحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى به الى ورثة الموصى (ولو كان مع المفقود وارث يحجب به) أى بالمفقود (لم يعط) أى الوارث شيأ صورته رجل مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال فى يد أجنبى فتصادقوا على فقد الابن فطلبت البنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر للمفقود ولا يعطى لولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع المال من يد الاجنبى الا اذا ظهرت خيانته (وان انتقص حقه) أى حق الوارث (به) أى بالمفقود (يعطى) الوارث (أقل النصيبين ويوقف الباقى) صورته تركت امرأة زوجا وأمّا واختا لابوين وأخا كذلك مفقودا فللام السدس على تقدير حياته وعلى تقدير مماته الربع وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير وفاته الربع والثمن وكذا الاخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع فيعطى كل واحد منهم الاقل ويوقف الباقى من نصيبه واعلم ان الاصل فيه ان تصحح المسئلة على تقدير ان المفقود حى وعلى تقدير أنه ميت ثم انظر بين المسئلتين فان توافقتا فاضرب وفق احداهما فى جميع الاخرى وان تباينتا فاضرب كل احداهما فى جميع الاخرى ثم اضرب من كان له شئ من مسئلة الوفاة فى مسئلة الحياة أو فى وفقها ومن كان له شئ من مسئلة الوفاة فى مسئلة الحياة أو فى وفقها فصورة الموافقة ما ذكرنا الا انها تصح من ثمانية عشر على

تقدير الحياة وعلى تقدير الوفاة من ثمانية وبينهما موافقة بالنصف فاذا ضربت نصف أحدهما في جميع الآخر تبلغ اثنين وسبعين فمنه تصح للزوج سبعة وعشرون وتسعة موقوفة من نصيبه وللام اثنا عشر وستة موقوفة من نصيبها وللاخت ثمانية وعشرة موقوفة من نصيبها فان ظهرت حياته أخذ كل واحد منهم ما كان مستحقا على ذلك التقدير فيكمل للزوج ستة وثلاثون ويبقى الذي أصاب للام وللاخت بحاله لان الحاصل لهما على تقدير حياته هو الاقل والباقي للاخ وهو ستة عشر سهما وان حكم بموته بقي الزوج بحاله وكمل للام والاخت ما كان موقوفا من نصيبهما وصورة المباينة زوج وأخت لاب وأم وأخت لاب وهي مفقودة فمسئلة الحياة من سبعة ومسئلة الوفاة من اثنين ولا موافقة بينهما فتضرب السبعة في الاثنين تبلغ أربعة عشر وكان للزوج ثلاثة من مسئلة الحياة تضرب في الاثنين تصير ستة وللاخت لاب وأم كذلك وللمفقودة واحد في الاثنين باثنين وللزوج في مسئلة الوفاة سهم في السبعة بسبعة وللاخت لاب وأم كذلك ويعطى لكل واحد منهما أقل النصيبين وذلك ستة والموقوف سهمان فان رجعت المفقودة فالسهمان لها والا فسهم للزوج وسهم للاخت لاب وأم وقد يجيء فيه المماثلة كما اذا تركت زوجا وأما وأختين لاب وأم واحداهما مفقودة فالمسئلتان تصح من ثمانية لوجود التماثل للزوج منها ثلاثة وللام سهم وللاخت الباقي وهو سهمان وللمفقودة سهمان فيوقفان حتى يظهر أمرها وقد يجيء فيه المداخلة كما اذا تركت زوجا وأما وبنتا وابنا وأخا لاب وأم والابن مفقود فتصح المسئلتان من ستة وثلاثين لوجود التداخل وأربعة عشر منها موقوفة وتخريجها على ما مر والله أعلم (كالحمل) أي كما يوقف في الحمل بأن مات وترك امرأته حاملا فلا يخلو اما أن يكون غير حاجب للورثة أو كان حاجبا فان كان غير حاجب شاركهم مثل ما اذا مات وترك ابنين وحملا فعلى قول أبي حنيفة يوقف ثلثا المال وعلى قول محمد نصفه وعلى المفتى به ثلثه وهو قول أبي يوسف وان كان حاجبا فان كان حجب حرمان في الجميع كالاخوة والاخوات والاعمام وبني الاعمام يوقف جميع التركة لجواز أن يكون ابنا وان كان في البعض كالاخوة والجد يعطى للجد السدس ويوقف الباقي وان كان حجب نقصان كالزوج والزوجة يعطيان أقل نصيبهما ويوقف الباقي

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الشركة)

الشرك النصيب وقال عليه السلام من أعتق شركا له في عبد أي نصيبا وهو مصدر شركت الرجل أشركه شركا في المال وشريك الرجل ومشاركه سواء وفي الشرع عبارة عن العقد على الاشتراك واختلاط النصيبين وهي على نوعين الاول (شركة الملك) وهي (أن يملك اثنان عينا ارثا) أي من حيث الارث بان ورثاها من مورث (أو شراء) أي من حيث الشراء بأن اشترياها أو هبة بأن اتهباها أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحد أو خلطاه خلطا بحيث يعسر التمييز أو يتعذر فكل هذا شركة ملك (وكل) واحد من شريكي الملك (أجنبي في قسط) أي نصيب (صاحبه) وفي بعض النسخ في قسط غيره والاول أولى حتى لا يجوز له أن يتصرف فيه بغير اذن صاحبه كمال الاجنبي وان باع نصيبه من شريكه جاز كيفما كان وكذا اذا باعه من غيره الا في الخلط والاختلاط فانه لا يجوز أن يبيعه من أجنبي الا برضا صاحبه (و) الثاني

(شركة العقد) وهى (ان يقول أحدهما) أى أحد الاثنين للآخر (شاركتك فى كذا ويقبل
الآخر) بان يقول قبلت لانه عقد من العقود فلا بد من الايجاب والقبول وشرطه أن يكون
فيما يقبل الوكالة ليكون كل منهما فى الشراء أصيلا فى نصفه ووكيلا عن صاحبه فى النصف
الآخر فيكون المشترى مشتركا بينهما ويكون الكسب كذلك بحسب الشركة فلا يجوز فى
الاحتطاب والاحتشاش ونحوهما من المباحات لان التوكيل لا يصح فيه (وهى) أى شركة
العقد على أربعة أنواع الاول (مفاوضة) أى شركة مفاوضة ولها شروط أشار اليها بقوله (ان
تضمنت) الشركة (وكالة وكفالة) بأن يكون كل منهما وكيلا للآخر وكفيلا عنه فان قلت
الوكالة بالمجهول لا يجوز فوجب ان لا تجوز هذه الشركة قلت التوكيل بالمجهول لا يصح قصدا ويصح
ضمنا حتى صحت المضاربة مع الجهالة لانها توكيل بشراء شئ مجهول فى ضمن عقد المضاربة فكذا
هذا فان قلت الكفالة لا تجوز الا بقبول المكفول له فى المجلس فكيف جازت هنا مع جهالته
قلت ذلك فى التكفيل قصدا وأما اذا دخل فى ضمن شئ آخر فلا يشترط على ما مرّ فى الوكالة
(وتساويا) أى الشريكان (مالا) اى من جهة المال (وتصرفا) اى من جهة التصرف (ودينا)
أى من جهة الدين لان المفاوضة تنبئ عن المساواة ولا يكون الا بما ذكر ثم بين نتيجة هذه الشروط
بقوله (فلا تصح) أى شركة المفاوضة (بين حر وعبد وصبى وبالغ ومسلم وكافر) لعدم التساوى
وكذا لا تصح بين المجنون والعاقل وأجازها أبو يوسف مع اختلاف الدين مثل ما اذا تفاوض
المسلم والذمى لان ما يملكه الذمى من شراء الخمر والخنزير يملكه المسلم بتوكيل غيره فيتحقق
التساوى ولكنه يكره وعندهما يكون عنانا لان الذمى يملك ذلك بنفسه والمسلم لا فانتفى التساوى
ثم انها لا تصح الا بلفظ المفاوضة أو بالنص على جميع ما تقتضيه المفاوضة لان أكثر الناس
لا يعرفون شرائطها فيشترط النص عليها أو على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة (وما) أى الذى
(يشتريه كل) واحد من المتفاوضين (يقع مشتركا) أى يكون للشركة (الا طعام أهله وكسوتهم)
لا يكون مشتركا للضرورة استحسانا وكذا الاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره
وكذا الادام والجارية التى يطؤها (وكل دين لزم أحدهما) أى أحد المتفاوضين (بتجارة) مثل
البيع والشراء (و) بسبب (غصب و) بسبب (كفالة) كانت بأمر المكفول عنه (لزم) الشريك
(الآخر) لما ذكرنا وفى الغصب خلاف أبى يوسف فانه يقول يختص به الغاصب ولا يلزم لشريكه
لانه ليس بتجارة فصار كأرش الجناية ولهما أنه ملك المضمون عند أداء الضمان فينقلب ضمان
التجارة وفى الكفالة خلاف أبى يوسف ومحمد فانهما يقولان لا يلزم الشريك لانه تبرع وله أنه
تبرع ابتداء معاوضة انتهاء فبالنظر اليها يلزمه واذا كفل بغير اذن المكفول عنه فانه غير لازم
لشريكه اتفاقا وكذا الكفالة بالنفس (وتبطل) المفاوضة (ان وهب لاحدهما أو ورث)
أحدهما (ما تصح فيه الشركة) وهو النقدان لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال وينقلب عنانا
(لا) تبطل ان وهب لاحدهما أو ورث (العرض) لان التفاوت فيه لا يمنع ابتداء فكذا بقاء
ولو ورث أحدهما دينا وهو دراهم أو دنانير لا تبطل حتى يقبض (ولا تصح) شركة (مفاوضة و)
شركة (عنان بغير النقدين) وهما الدراهم والدنانير (والتبر) وهو القطعة المأخوذة من المعدن
وقال مالك يجوز فى العروض اذا اتحد الجنس وعند بعض الشافعية يجوز لو كان عرضا مثليا قلنا

هذا يؤدّى الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح مالم يضمن ومالم يملك بخلاف النقدين لانّ مايشتريه أحدهما يدخل فى ملكهما وثمنه فى ذمّته يرجع به على صاحبه بحسابه اذ لا يتعين فكان ربح مايضمن وأما التبر فقيل لانّ الذهب والفضة خلقا ثمنين وقيل لايجوز الا بالتعامل وهو الاصح (و) لايصح أيضا بغير (الفلوس النافقة) أى الرائجة لانها اثمان فأخذت حكم النقدين وقيل هذا عند محمد لانها ملحقة عنده بالنقود وعندهما لاتصح الشركة فيها ولا المضاربة لانّ رواجها عارض باصطلاح الناس وقيل أبو يوسف مع محمد والظاهر أنه مع أبى حنيفة (ولو باع كل) واحد من الاثنين (نصف عرضه) أى نصف ماله من العروض (بنصف عرض الآخر وعقدا) عقد (الشركة) بعد البيع (صح) مافعلاه فصار شركة عقد وهذا لانه بالبيع صار شريكه شركة ملك حتى لايجوز لكل منهما أن يتصرف فى نصيب الآخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكلّ منهما أن يتصرّف فى نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن أراد الشركة فى العروض وقوله بنصف عرض الآخر وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقدا الشركة فى العروض التى باعها جاز أيضا (و) الثانية شركة (عنان ان تضمنت) الشركة (وكالة فقط) يعنى دون الكفالة وهى أن يشترك الرجلان فى نوع بزّ أو طعام أو فى عموم التجارة ولم يذكرا الكفالة وهو مأخوذ من قولهم عنّ له كذا أى عرض له أو من عنّ له اذا ظهر له فكأنه ظهر له ان يشاركه فى البعض من ماله وعند الشافعى جميع العقود باطلة الا العنان وبه قال أحمد وعن مالك لا أعرف المفاوضة وعن أصحابه جوّزها مالك فى الجملة لا بشرط التساوى فى المال بأن يفوّض كل تصرّفه الى آخر مع حضوره وغيبته (وتصح) شركة العنان (مع التساوى فى المال دون) التساوى فى (الربح و) تصح أيضا مع (عكسه) وهو ان يتساويا فى الربح دون المال ومعناه أن يشترط الاكثر للعامل منهما أو لاكثرهما عملا وان شرطاه للقاعد أو لاقلهما عملا فلا يجوز وقال زفر يستحقان الربح على قدر ربح مالهما ولا يجوز أن يشترطا خلاف ذلك لانه يؤدّى الى ربح مالم يضمن وبه قال الشافعى ومالك ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ماشرطا والوضيعة على قدر المالين من غير فصل بين التساوى والتفاضل (و) تصح أيضا (ببعض المال) دون بعض لعدم اشتراط التساوى (و) تصح أيضا اذا كان من (خلاف الجنس) بأن كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير وقال زفر والشافعى لايجوز لانّ الربح فرع المال ولا تتصوّر الشركة فيه الا بعد وقوع الشركة فى الاصل ولا يتصوّر ذلك بلا خلط والجنسان لا يختلطان ولنا انّ الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشترى كل منهما بثمن فى ذمته على أن يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال وقيل هذه المسئلة مبنية على انّ الدراهم والدنانير تتعينان عندهما كالعروض وعندنا لا (وعدم الخلط) أى وتصح أيضا بعدم الخلط بين المالين على ما بينا خلافا لزفر والشافعى (وطولب المشترى) وحده من شريكى العنان (بالثمن) أى بالثمن الذى اشتراه لانه هو العاقد (فقط) أى لا يطالب الشريك الآخر لانها لاتتضمن الكفالة (ورجع) المشترى (على شريكه بحصته منه) أى من الثمن ان كان قد أدّى الثمن من مال نفسه وهذا القيد أهمله الشيخ وكذا القدورى وذكره فى الهداية لانه وكيل من جهته فاذا نقده من مال نفسه يرجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله

فعليه

فعليه الحجة لانه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر والآخر ينكر والقول قوله وان كان نقده من
مال مشترك لا يرجع عليه (وتبطل) الشركة (بهلاك المالين) أى مالى الشريكين لانه هو المعقود
عليه فيها فاذا هلك بطل العقد كالبيع (او) هلاك (أحدهما) أى أحد المالين لان الشريك لم
يرض بالآخر الا ليشركه هو فى ماله فاذا هلك أحدهما فات ذلك ففات رضاه بشركته فيبطل العقد
وأى المالين هلك هلك من مال مالكه فان هلك فى يده فظاهر وان هلك فى يد الشريك فكذلك لانه
امانة وانما قال (قبل الشراء) لانه اذا هلك أحد المالين بعد الشراء بالمال الآخر كان المشترى
مشتركا بينهما وهو معنى قوله (وان اشترى أحدهما) أى أحد الشريكين (بماله) أى بمال نفسه
(وهلك مال) الشريك (الآخر فالمشترى) بفتح الراء (بينهما) أى بين الشريكين على ما شرطا
(ورجع) المشترى بماله (بحصته منه) أى من الثمن (على شريكه) لانه وكيل فى حصة شريكه
وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه ثم الشركة شركة ملك عند
الحسن بن زياد فلا يجوز لكل واحد منهما أن يتصرف الا فى نصيبه لان شركة العقد بطلت
بهلاك احد المالين وعند محمد شركة عقد حتى يجوز لكل واحد منهما التصرف فيه لانه حين وقع
وقع مشتركا بينهما وشركة عقد فلا تبطل بالهلاك بعد تقرره (وتفسد) الشركة (ان شرط لاحدهما)
أى لاحد الشريكين (دراهم مسماة من الربح) بأن قال أحدهما يكون لى من الربح مائة درهم
مثلا ثم يقسم الباقى لانه شرط يوجب انقطاع الشركة لانه قد لا يربح الا ذلك القدر الذى سماه
لاحدهما (ولكل) واحد (من شريكى العنان و) شريكى (المفاوضة أن يبضع) من الابضاع
وهو أن يدفع مالا لآخر يتجر فيه ويكون الربح له لانه من عادة التجار (و) أن (يستأجر) من
يتجر فيه أو من يحفظ المال لانه معتاد بينهم (و) أن (يودع) لانه اقامة الحافظ فى المال (و) أن
(يضارب) لانه بالدفع الى المضارب يصير المضارب مودعا وبالتصرف وكيلا وبالربح أجيرا
والشركة فيه ضرورية تثبت ضرورة استحقاق الآخر من الربح مشاعا فله أن يفعل هذه الاشياء
كلها على الانفراد فكذا على الاجتماع وعن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول
أصح وهو رواية الاصل (و) أن (يوكل) لانه متعارف بينهم (ويده) أى يد كل واحد من
الشريكين (فى المال أمانة) لانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه المبادلة والوثيقة فصار كالوديعة
والعارية (و) الثالث من أنواع شركة العقد شركة (تقبل) وتسمى شركة الصنائع وشركة الاعمال
أيضا وهى جائزة عندنا خلافا للشافعى وزفر فى رواية لان الشركة فى الربح تبتنى على الشركة فى
رأس المال ولا مال لهما فكيف يتصور التميز بدون الاصل ولنا أن المقصود تحصيل المال
بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز وفسر شركة التقبل بقوله (ان اشترك خياطان أو) اشترك
(خياط وصباغ على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما) وقال زفر ومالك لا يجوز مع
اختلاف الصنعة كالخياط والصباغ لان الشركة هى الخلطة ولا خلطة فيها ولنا ان أول هذا
العقد توكيل بالتصرف وآخره اشتراك فى الربح فصار كالمضاربة فلا يشترط الاتحاد وكذا
لا يشترط اتحاد المكان بالمكان خلافا لهما (وكل عمل يتقبله أحدهما) أى أحد شريكى التقبل
(يلزمهما) أى يلزم الشريكين جميعا حتى يطالب كل منهما بذلك العمل لان كل ما يتقبله
أحدهما مضمون على الآخر فكان كالمفاوضة فى ضمان الاعمال والمطالبة بالابدان ويطالبان

بالاجر ويبرآن بعمل أحدهما و يبرأ المستعمل بدفع الاجرة الى أحدهما (وكسب أحدهما بينهما) يعنى اذا عمل أحدهما دون الآخر كانت الاجرة بينهما على ما شرطا ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز استحسانا وفى القياس لا يجوز والمراد من المال الربح وفى شرح الطحاوى ويجوز اشتراط الربح بينهما على السواء وعلى التفاضل بان يكون أحدهما أحذق من الآخر فى العمل وعند زفر لا يجوز متفاضلا وفى الخلاصة ولو شرط الربح فى هذا لاحدهما أكثر مما شرط للآخر جاز عندنا لان العمل متفاوت قد يكون أحدهما أحذق من الآخر فان شرط الاكثر لادناهما عملا اختلف المشايخ فيه اه وفى الغاية الصحيح أنه يجوز أيضا لان الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل ألا ترى الى ما نص عليه الحاكم الجليل الشهيد فى الكافى فان غاب أحدهما أو مرض ولم يعمل وعمل الآخر فهو أيضا بينهما وفى شرح الطحاوى ولو أن رجلا أجلس على دكانه رجلا يطرح عليه من العمل بالنصف القياس أن لا تجوز هذه الشركة لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت فتكون هذه شركة بالعروض فلا يجوز وفى الاستحسان يجوز لان هذه شركة تقبل لان تقبل العمل من صاحب العمل عمل فصارت شركة بالاعمال (و) الرابعة من أنواع الشركة شركة (وجوه) سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذى لا يعرف وقيل لانهما اذا جلسا لتدبر أمرهما ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه وقال الشافعى لا تجوز هذه الشركة وقد مر ثم فسر ذلك بقوله (ان اشتركا بلا مال على ان يشتريا بوجههما و يبيعا) وتكون هذه الشركة عنانا ومفاوضة كشركة التقبل واذا نصا على المفاوضة وذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيها شرائطها صارت مفاوضة والا فعنان (وتتضمن) شركة الوجوه (الوكالة) لانه بذلك يتمكن من التحصيل لصاحبه اذ لا ولاية له عليه وتتضمن الكفالة أيضا مع ذلك اذا كانت مفاوضة (وان شرطا) أى الشريكان شركة الوجوه (مناصفة المشترى) بفتح الراء يعنى أن يكون بينهما نصفين (او) شرطا (مثالثته) أى مثالثة المشترى بان يكون بينهما اثلاثا الثلث لاحدهما والثلثان للآخر (فالربح) يكون (كذلك) أى كما شرطا فى المشترى (و بطل شرط الفضل) فى الربح لان استحقاق الربح بالضمان وهو يتبع الملك فى المشترى فيتقدر بقدره وفى المضاربة جاز على خلاف القياس لتعين المال فيها

هذا (فصل) فى بيان الشركة الفاسدة (ولا تصح الشركة فى احتطاب) بأن يشترك اثنان على أن يحتطبا من الجبال و يبيعا (واصطياد) بان يصطادا و يبيعا (واستقاء) بأن يستقيا الماء من نهر أو بئر لانها تتضمن الوكالة والتوكيل فى أخذ ما هو مباح باطل وكذا فى الاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال وكذا كل مباح الا عند مالك واحمد يصح وعن بعض الشافعية يصح فى استقاء من مباح وكذا لا يجوز اذا اشتركا فى طلب الكنوز من المعادن ونقل الطين من أرض لا يملكانها أو الجص أو الملح أو الكحل أو ما أشبه ذلك وكذا اذا اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك أو يطبخا آجرا فان كان الطين أو النورة أو سهلة الزجاج مملوكا فاشتركا أن يشتريا ذلك و يطبخاه و يبيعاه جاز وهو شركة الوجوه وكذلك لا يجوز اذا اشتركا فى سؤال الناس والتكدى (والكسب) الحاصل من هذه الشركة (للعامل) لفساد الشركة (وعليه) أى على العامل (أجر مثله للآخر) لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد فيجب عليه أجر مثله حتى لو اشتركا و لاحدهما بغل وللآخر

راوية ليستقيا عليهما الماء فأيهما استقى فهو له ويجب عليه اجر مثل آلة الآخر بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به المسمى (والربح في الشركة الفاسدة) أي شركة تكون (بقدر المال وان شرط) أحدهما (الفضل) لانه تبع للمال وانما عدل عنه عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل (وتبطل الشركة بموت أحدهما) أي بموت أحد الشريكين (ولو) كان الموت (حكميا) أي من حيث الحكم وهو نصب على التمييز بان ارتد أحدهما ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه ولا فرق بين أن يعلم موت صاحبه أو لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ أحدهما الشركة في حالة يكون له الفسخ فيها بأن كان المال دراهم ودنانير توقف على علم الآخر لكونه عزلا قصديا (ولم يزك) أحد الشريكين (مال) الشريك (الآخر بلا اذن) منه لان الاذن في التجارة والزكاة ليست منها (فان أذن كل) واحد منهما لصاحبه باداء الزكاة عنه (وأديا معا) أي مجتمعين (ضمنا) يعني ضمن كل واحد منهما للآخر (ولو) أديا أداء (متعاقبا) بأن أدى الاول ثم أدى الثاني (ضمن الثاني) علم بأداء صاحبه أو لم يعلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان علم يضمن والا فلا كذا في كتاب الزكاة وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكاة أو الكفارات اذا أدى الآمر بنفسه مع المأمور أو قبله أو أعتق لهما أنه مأمور بالاداء وقد أتى به وله انه أتى بغير المأمور به لان المأمور به اسقاط الفرض عنه ولم يسقط به الفرض فصار مخالفا علم أو لم يعلم بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث لا يضمن بقضائه بغير علم بعد قضاء الامر لانه لم يخالف (وان أذن احد المتفاوضين) للآخر (بشراء أمة ليطأ ففعل) أي اشترى له أمة مثل ما أذن له (فهي) أي الامة (له) أي للماذون له بالشراء (بلا شيء) يجب عليه عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لان الملك وقع له خاصة حتى حل له وطؤها والثمن بمقابلة الملك فيكون عليه خاصة وقد قضاه من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن الطعام والكسوة وله أن الجارية تدخل في ملكهما جريا على مقتضى الشركة اذ لا يملكان تغييره ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك فصار كما اذا اشترياها ثم قال أحدهما للآخر اقبضها لك كانت هبة بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء على التقديرين

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الوقف)

وهو في الاصل مصدر من وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وعن المازني يقال وقفت داري وأرضي ولا يعرف وقفت من كلام العرب كذا نقل عن ابن جني وفي الشرع (هو) أي الوقف (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) أي بالغلة والريع الحاصل منها وهذا عند أبي حنيفة لان غرضه التصدق بغلته وهو لا يتصور الا اذا بقي الاصل على ملكه ويدل عليه قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه احبس أصلها وسبل ثمرتها رواه النسائي وابن ماجه أي احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها والا لكان مسبلا جميعا وعندهما الوقف حبس العين على ملك الله تعالى وعند الشافعي وأحمد ينتقل الملك الى الموقوف عليه لو أهلا له وعن الشافعي انه ينتقل الى الله تعالى (والملك) أي ملك الواقف (يزول) عن

الموقوف (بالقضاء) أي بقضاء القاضي (لا الى مالك) عند أبي حنيفة لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وعندهما يزول من غير قضاء وأصل الخلاف ان الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة أصلا وهو المذكور في الاصل وقيل يجوز عنده الا أنه لا يلزم بمنزلة العارية حتى يرجع فيه أي وقت شاء ويورث عنه اذا مات وهو الاصح وعندهما يجوز ويزول ملك الواقف عنه غير أنه عند أبي يوسف يزول بمجرد القول وعند محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه لهما في أصل صحة الوقف ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما ان عمر رضي الله عنه أصاب أرضا من خيبر فقال يا رسول الله أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني فقال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر رضي الله عنه على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول رواه البخاري ومسلم وآخرون ثم قال أبو يوسف يزول عن ملكه بمجرد القول لانه اسقاط ملكه لله تعالى فصار كالعتق وبه قالت الثلاثة وقال محمد لا يزول حتى يسلمه الى المتولي لان التمليك من الله لا يتحقق قصدا لانه مالك الاشياء ولكنه ثبت في ضمن التسليم الى العبد كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وقول شريح جاء محمد ببيع الحبس ولان الملك فيه باق كما قد ذكرناه آنفا ولانه تصدق بالغلة أو بالمنفعة المعدومة وهو غير جائز الا في الوصية وحديث ابن عمر رضي الله عنه لا يدل على لزومه ولهذا أراد عمر رضي الله عنه ان يبيع ذلك بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم ثم كره أن ينقض ما بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره الطحاوي الا أنه اذا حكم به حاكم يلزم لانه فصل مجتهد فيه كسائر المجتهدات وفي محيط شمس الائمة الحلواني شرط جواز الوقف على قول أبي حنيفة وزفر أن يكون موصى به حتى لو لم يوص به لا يصح ويبقى على ملكه يجوز له بيعه ويورث عنه الا أن تجيز الورثة فيصير جائزا ويتأبد الوقف وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الوقف عند أبي حنيفة على ثلاثة أوجه في وجه لا يجوز وهو ما اذا وقف داره أو أرضه في صحته فلا يجوز وان اشترط التأبيد وسلم الى المتولي ويجوز بيعه ويكون ميراثا عن الواقف وفي وجه يجوز وهذا اذا وقفه في حال حياته وجعله وصية بعد وفاته فانه يجوز من ثلث ماله وفي وجه لا يجوز في ظاهر الرواية وهو اذا وقف في مرض موته فهو كالوقف في حال صحته وروى الطحاوي عن أبي حنيفة انه يجوز في هذا كله كالوصية بعد وفاته وذكر محمد في السير الكبير أن الوقف اذا أضيف الى ما بعد الموت فهو باطل ايضا عند أبي حنيفة وهو الصحيح وأكثر أصحابنا أخذوا بقولهما (ولا يتم) الوقف (حتى يقبض) المتولي وهو قول محمد وبه يفتي مشايخ بخارى وهو أقرب الى موافقة الآثار (و) لا يتم أيضا حتى (يفرز) وهو قول محمد أيضا احترز به عن المشاع فانه لا يجوز وقفه وعند أبي يوسف يجوز لان القسمة من تتمة القبض وأصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره الشيوع كالصدقة والهبة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع مطلقا بالاجماع لان المهايأة فيهما من أقبح ما يكون بان يدفن فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى في مسجد في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف فانه يمكن الاستغلال وقسمة الغلة فلا يمنع صحة الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتمله

أيضا عند أبي يوسف ولو استحق بعض الوقف شائعا بطل في الكل عند محمد لانه تبين ان الوقف كان شائعا فيعود الكل اليه أو الى ورثته بخلاف ما اذا وقف في مرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث ورجعت الورثة في البعض شائعا أو رجع هو في الهبة كذلك حيث لا يبطل الوقف ولا الهبة لان الشيوع طار بعد صحته في الكل لعدم الشيوع وقت التصرف وانما طرأ بعده فلا يضره ولو استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع وعلى هذا الهبة والصدقة المنفذة وهي التي سلمت الى الفقير وجعلت مملوكة له (و) حتى (يجعل آخره) أي آخر الوقف (لجهة لا تنقطع) عندهما وقال أبو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم ولهما ان التصدق بالغلة قد يقع على وجه التأبيد وقد لا يقع فلم ينصرف مطلقه الى التأبيد فوجب التنصيص والخلاف في ذكر التأبيد واما نفس التأبيد فشرط بالاجماع وهو الصحيح وفي المحيط لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة أو محرمة أو محبوسة ولم يذكر التأبيد يصح الوقف عند الكل الا عند يوسف بن خالد السمتي تلميذ أبي حنيفة فان ذكر التأبيد شرط عنده لصحة الوقف والصحيح انه ليس بشرط ونقل الناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف وعليه الفتوى وقال في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الى المساكين فحصل عنه روايتان (وصح وقف العقار ببقره وأكرته) بفتح الهمزة والكاف والراء جمع اكار وهو الفلاح والقياس أن لا يجوز لان التأبيد من شرطه وجه الاستحسان انها تبع للارض ولهذا يدخل البناء في وقف الارض تبعا وعلى هذا سائر آلات الحراثة وقال الولوالجي في فتاواه رجل وقف بقرة على رباط على أن ما خرج من لبنها وسمنها يعطى ابناء السبيل جاز ان كان في موضع تعارفوا ذلك لمكان العرف كالسقاية (و) صح أيضا وقف (مشاع قضى بجوازه) أي بجواز الوقف فيه لان قضاء القاضي يقطع الخلاف في المجتهدات وان لم يقض فيه فعلى قول أبي يوسف يجوز خلافا لمحمد (و) صح أيضا وقف (منقول) كالكراع والسلاح والفاس والقدر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والمصاحف وكتب الفقه والحديث والادبية وغير ذلك مما (فيه تعامل) وتعارف بوقفه وهو قول محمد وعليه الفتوى لورود الآثار بذلك وعند أبي يوسف لا يجوز الا في الكراع والسلاح والكراع الخيل والشافعي جوز وقف كل ما يجوز بيعه ويمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قياسا على الكراع والسلاح قلنا الاصل عدم جواز الوقف فيقتصر على مورد الشرع وهو العقار والكراع فيبقى ما وراء على أصل القياس الا ما جرى التعامل فيه فصار كالدراهم والدنانير ويجوز الوقف على تجهيز الجيش بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل الله ويدخل في وقف الارض ما كان داخلا في البيع من الاشجار والبناء دون الزرع والثمار وفي الهداية ويدخل في حكم الكراع الابل يعني يجوز حبس الابل في سبيل الله لانها يغزى عليها كالخيل (ولا يملك) الوقف لانه لما صح الوقف ولزم كان ازالة ملك لا الى مالك فلم يصح تمليكه كالعتق (ولا يقسم) الوقف أيضا (وان وقف) الواقف (على أولاده) لان حقهم في الغلة لا في العين والقسمة تنافي ذلك فلا يجوز الا أن مقاسمة الواقف مع الشريك في وقف المشاع عند أبي يوسف جائزة لان القسمة افراز وتمييز الحقوق والممنوع التمليك لا الافراز ثم ان كان في القسمة

فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الآخذ للدراهم هو الواقف لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان شريكه جاز لان الواقف مشتر لا بائع فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه (ويبدأ من غلته) اى من غلة الوقف (بعمارته) أى بعمارة الوقف (بلا شرط) من الواقف أراد شرط أو لم يشرط فالعمارة مقدمة لان قصد الواقف صرف الغلة دائما ولا يبقى دائما الا بالعمارة فيثبت اقتضاء من غير شرط ثم العمارة لا تزاد على قدر الوقف وعلى صفته أولا هذا اذا كان الموقوف عليه معينا اما اذا كان وقفا على الفقراء ففيه اختلاف المشايخ فقيل لا تجوز الزيادة وهو الاصح وقيل تجوز بأن يكون الثانى زائدا على الاول (ولو) كان الوقف (دارا) على سكنى شخص بعينه (فعمارته على من له السكنى) لانه هو المنتفع بها والغرم بالغنم (ولو أبى) أى امتنع من له السكنى عن العمارة (أو عجز) لفقره (عمر الحاكم بأجرتها) بأن يؤجرها ويعمرها من الاجرة لابقاء الوقف فاذا عمرها ردها الى من له السكنى رعاية لحقه ولا يجبر الممتنع عن العمارة لان فيه اتلاف ماله ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير ناظر ولا مالك لكن الحاكم يؤجرها له أو لغيره فيعمرها بأجرتها بقدر ما يبقى على الصفة التى وقفها الواقف ولا يزيد على ذلك الا برضا من له السكنى وان كانت وقفا على الفقراء فكذلك فى رواية حتى لا يزيد على ما كانت عليه وفى رواية يجوز والاول أصح على ماذكرنا وقال الاستروشنى فى فصوله الموقوف عليهم لا يملكون اجارة الوقف قال الفقيه أبو جعفر ان كان الاجر كله للموقوف عليه بأن كان غيره لا يشركه فى استحقاق الغلة فحينئذ يجوز وهذا فى الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤاجرها وأما اذا لم يشترط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه (وصرف) القاضى (نقضه) بكسر النون أى ما انتقض من الوقف مثل الآجر والحجر والخشب ونحوها (الى عمارته) أى الى عمارة الوقف (ان احتاج) الى ذلك (والا) أى وان لم يحتج اليه (حفظه للاحتياج) أى لاجل الاحتياج فى المستقبل أو الى الاحتياج لانه لا بد من العمارة والا فلا يبقى فيصرفه فى الحال ان احتاج اليه والا يمسكه الى وقت الاحتياج كى لا يتعذر عليه أوان الحاجة (ولا يقسمه) أى ولا يقسم القاضى النقض (بين مستحقى الوقف) لانه ليس لهم حق فى العين ولا فى جزء منه وانما حقهم فى المنافع فلا يصرف اليهم غير حقهم وان تعذر اعادة عينه بيع وصرف ثمنه الى العمارة (وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه) بأن قال فى كتابه يصرف الريع اليه مدة حياته ثم من بعده الى فلان وفلان أو على جهات عينها جاز ذلك عند أبى يوسف وعليه مشايخ بلخ ترغيبا للناس فى الوقف وقال محمد لا يجوز لان القربة بازالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع ذلك فكان باطلا وبه قال الشافعى وهلال الرأى ولابى يوسف ماروى أنه عليه السلام كان يأكل من وقفه ولا يحل ذلك الا بالشرط فدل ذلك على جوازه وعلى هذا الخلاف لو شرط الواقف ان يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء وتكون وقفا مكانه أو شرط الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام وفى الاجناس اذا وقف على نفسه لا يجوز فى قول محمد بن الحسن وقال أبو يوسف يجوز وفيه أيضا لو قال أرضى صدقة موقوفة على نفسى كان الوقف باطلا وكذلك لو قال صدقة موقوفة على ان غلتها لى ماعشت لا يجوز الوقف وكذلك لو قال صدقة موقوفة على

وعلى

وعلى ولدى ونسلى الوقف باطل وفى المبسوط وكذلك على هذا الخلاف اذا شرط الكل أو شيأ منه لمدبريه أو أمّهات أولاده وفى الغاية اذا شرط الواقف أن يستبدل بأرض الوقف أرضا أخرى هل يجوز ذلك أم لا فقد نقل فى الفتاوى الصغرى عن السير الكبير انّ استبدال الوقف باطل الا رواية عن أبى يوسف وفى الخلاصة اذا شرط فى أصل الوقف ان يستبدل به أرضا أخرى ان شاء ذلك فتكون وقفا مكانها فالوقف والشرط جائزان عند أبى يوسف وكذا لو شرط أن يبيعها ويستبدل بثمنها مكانها وعند محمد وهلال الوقف جائز والشرط باطل وذكر الانصارى فى وقفه له الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم واذا مات الواقف ولم يبعها لا يجوز لمن وليها بعده بيعها ولو شرط أن يبيعها ويجعل ثمنها للمساكين لم يجز هذا الشرط وفى الخلاصة ذكر الامام السرخسى فى السير الكبير مسئلة ثم قال وبهذا تبين خطأ من يجوّز استبدال الوقف وفيه ايضا وكان الشيخ الامام ظهير الدين يفتى بجواز الاستبدال ثم رجع عنه وفى المنتقى عن محمد اذا صار الوقف بحال لا ينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وليس ذلك الا للقاضى (او جعل) الواقف (الولاية اليه) أى التولى على أمور الوقف وهو النظر عليها وهو جائز بالاجماع لانّ شرط الواقف معتبر فيراعى غير انّ عند محمد يسلمه ثم تكون له الولاية لانّ التسليم شرط عنده وان لم يشترطها لاحد فالولاية له عند أبى يوسف خلافا لمحمد وفى الاجناس عن وقف هلال اذا جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبدا ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالولاية للواقف اشترط ذلك او لم يشترط ثم قال قال محمد فى السير الكبير لا ولاية له الا أن يشترطه لنفسه وقوله (صح) جواب المسئلتين (وينزع) الواقف الذى اشترط الولاية لنفسه (لو) كان (خائنا) غير مأمون على الوقف (كالوصى) اذا كان غير مأمون ينزع منه (وان شرط) الواقف فى كتابه (أن لا ينزع) يعنى أن لا ينزعه القاضى ولا السلطان لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل والله أعلم

هذا (فصل) فى بيان أحكام المسجد والخان والمقبرة ونحوها (من بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه (حتى يفرزه) أى حتى يميزه (عن ملكه بطريقه) أى بافراز طريقه عن ملكه (ويأذن) للناس (بالصلاة فيه فاذا صلى فيه) أى فى المسجد (واحد) من الناس (زال ملكه) وهذا كله عند أبى حنيفة ومحمد اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به وأمّا الصلاة فيه فلانه يشترط التسليم عندهما فاذا تعذر تقوم الصلاة فيه مقامه ولا يشترط فيه قضاء القاضى ولا التعليق بالموت عند ابى حنيفة بخلاف الوقف ثم يكتفى بصلاة الواحد فى رواية عن أبى حنيفة ومحمد وعنهما أنه يشترط الصلاة بجماعة جهرا باذان واقامة حتى لو كان سرا بان كان بلا اذان ولا اقامة لا يصير مسجدا ولو جعل له اماما ومؤذنا وهو رجل واحد فصلى فيه باذان واقامة صار مسجدا اتفاقا وعند أبى يوسف يزول ملكه بمجرّد قوله جعلته مسجدا لانّ التسليم عنده ليس بشرط فصار كالاعتاق وبه قالت الثلاثة الا عند الشافعى وأحمد فى رواية يشترط ذكر لفظ وقفت ولا يشترط عند أصحابنا (ومن جعل مسجدا تحته سرداب) بكسر السين وهو بيت تحت الارض للتبريد معرّب ويقال له بالفارسية زير زمين (اوفوقه) أى أو فوق المسجد (بيت وجعل بابه الى الطريق وعزله) عن ملكه (او اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه) أى فى المسجد الذى اتخذه فى وسط داره (له) أى لهذا الجاعل أو المتخذ (بيعه) أى بيع هذا المسجد فى حياته (ويورث عنه) بعد موته

لانه لم يخلص به لبقاء حق العبد فيه ومع بقاء حق العبد فى أسفله أو فى أعلاه او فى جوانبه محيطا به لا يتحقق الخلوص فان قلت مسجد بيت المقدس تحته سرداب قلت السرداب فيه ليس بمملوك لاحد بل هو لمصالح المسجد حتى لو كان غيره مثله نقول بأنه مسجد وعن أبى حنيفة انه أجاز أن يكون الاسفل مسجدا والاعلى ملكا لان الاسفل أصل وهو يتأبد ولم يجز عكسه وعن محمد عكسه لان المسجد معظم ولا تعظيم اذا كان فوقه مستغل ومسكن بخلاف العكس وعن أبى يوسف انه أجاز الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق الاماكن وعن محمد مثله حين قدم الرى وعن أبى يوسف ومحمد انه اذا اتخذ وسط داره مسجدا صار مسجدا وان لم يعزل بابه الى الطريق لانه لما رضى بكونه مسجدا ولا مسجد الا بالطريق دخل فيه الطريق ضرورة ولو اتخذ أرضه مسجدا ليس له الرجوع فيه ولا بيعه وكذا لا يورث عنه بخلاف الوقف عند أبى حنيفة حيث يرجع فيه ما لم يحكم به الحاكم (ومن بنى سقاية أو خانا أو رباطا) لاجل الغزاة (أو) جعل أرضه (مقبرة) للموتى (لم يزل ملكه عنه) أى عما ذكر من الاشياء (حتى يحكم به حاكم) عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يزول ملكه بالقول وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال ملكه عنها فكل واحد منهم بنى على أصله على ما بيناثم لا فرق فى الانتفاع فى مثل هذه الاشياء بين الغنى والفقير حتى جاز للكل النزول فى الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن فى المقبرة بخلاف الغلة حيث لا يجوز الا للفقراء وعلى هذا الوقف حتى لو وقف أرضا لتصرف غلتها الى الحاج أو الى الغزاة أو طلبة العلم لا يصرف الى الغنى منهم ذكره فى المحيط (وان جعل شئ من الطريق مسجدا صح) معناه اذا بنى قوم مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع فادخلوا من الطريق فى المسجد وكان ذلك لا يضر باصحاب الطريق جاز وكذا اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها لما روى ان الصحابة رضى الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا ارضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا فى المسجد الحرام (كعكسه) أى كما صح عكسه وهو ما اذا جعل فى المسجد ممر للناس لتعارف أهل الامصار فى الجوامع وجاز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر الا الجنب والحائض والنفساء لما عرف فى موضعه وليس لهم أن يدخلوا فيه الدواب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

تم

(تم الجزء الاول ويليه الجزء الثانى اوله كتاب البيوع)

(فهرسة الجزء الثاني من العيني على الكنز)

صحيفة		صحيفة	
كتاب البيوع	٢	كتاب الشهادة	٩٩
باب خيار الشرط	٨	باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل	١٠٤
باب خيار الرؤية	١٢	باب الاختلاف في الشهادة	١٠٩
باب خيار العيب	١٥	باب الشهادة على الشهادة	١١٢
باب البيع الفاسد	٢٢	كتاب الرجوع عن الشهادة	١١٥
فصل في بيان أحكام تصرفات البائع والمشتري في الثمن والمبيع وفيما يكره من البيوع ومالا يكره	٣٠	كتاب الوكالة	١١٨
باب الاقالة	٣٣	باب الوكالة بالبيع والشراء	١٢١
باب التولية	٣٥	باب الوكالة بالخصومة والقبض	١٢٩
فصل في بيان أحكام البيع قبل قبض المبيع والتصرف في الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك	٣٨	باب عزل الوكيل	١٣١
باب الربا	٤١	كتاب الدعوى	١٣٣
باب الحقوق في المبيع	٤٥	باب التحالف	١٣٩
باب الاستحقاق	٤٦	باب ما يدعيه الرجلان	١٤٣
فصل في بيع الفضولي	٤٨	باب دعوى النسب	١٥٠
باب السلم	٥٠	كتاب الاقرار	١٥٣
مسائل متفرقة	٥٧	باب الاستثناء وما في معناه	١٥٨
كتاب الصرف	٦٢	باب اقرار المريض دين الصحة	١٦١
كتاب أحكام الكفالة	٦٧	كتاب الصلح	١٦٣
فصل في مسائل متفرقة من جنس هذا الباب	٧٥	فصل في أقسام الصلح	١٦٥
باب كفالة الرجلين والعبدين	٧٨	باب الصلح في الدين	١٦٧
كتاب الحوالة	٨٠	فصل في بيان التخارج وغيره	١٦٩
كتاب القضاء	٨٢	كتاب المضاربة	١٧٠
فصل واذا ثبت الحق للمدعى أمره بدفع ما عليه	٨٦	باب المضارب	١٧٤
باب كتاب القاضي الى القاضي وغيره	٨٧	فصل فيما يفعله المضارب	١٧٧
باب التحكيم	٩٢	كتاب الوديعة	١٧٩
مسائل شتى	٩٣	كتاب العارية	١٨٢
		كتاب الهبة	١٨٤
		باب الرجوع في الهبة	١٨٧
		فصل في بيان أحكام الهبة بالشرط والاستثناء وغيرهما	١٨٩
		كتاب الاجارة	١٩٠
		باب ما يجوز من الاجارة وما يكون	

خلافا

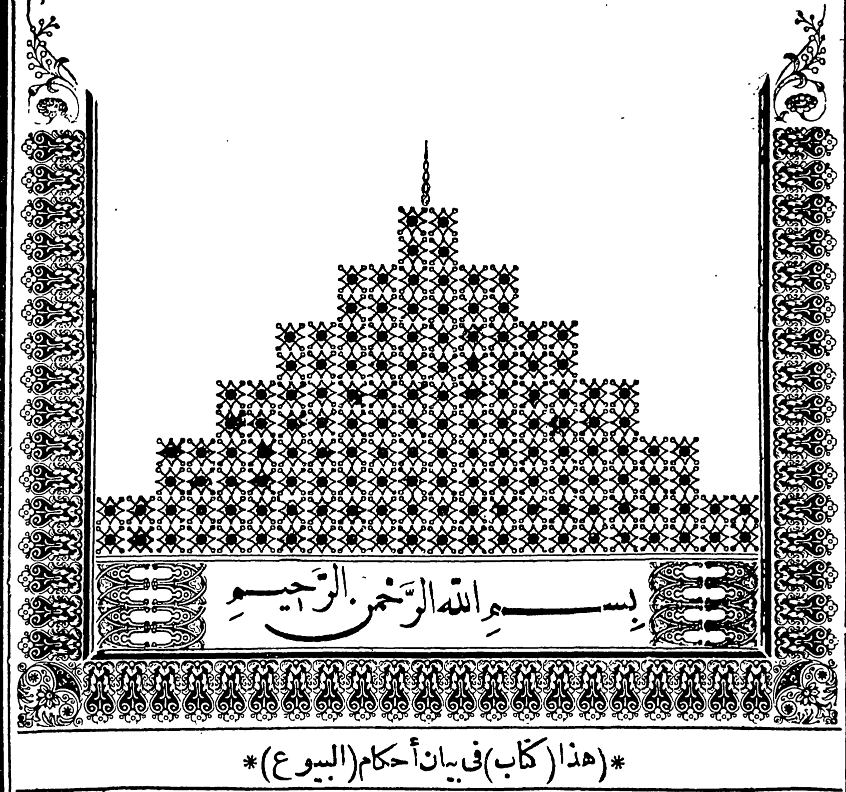
	صحيفة
خلافا فيها	١٩٣
باب الاجارة الفاسدة	١٩٦
باب ضمان الاجير	٢٠٠
باب فسخ الاجارة	٢٠٣
كتاب المكاتب	٢٠٦
باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله	٢٠٨
فصل فى كتابة المدبر وأم الولد وغيرهما	٢١٠
باب كتابة العبد المشترك	٢١٢
باب عجز المكاتب وموته وموت المولى	٢١٤
كتاب الولاء	٢١٦
فصل فى بيان ولاء المعاقدة	٢١٧
كتاب الاكراه	٢١٨
كتاب الحجر	٢٢١
فصل فى بيان حد البلوغ	٢٢٥
كتاب المأذون	٢٢٦
كتاب الغصب	٢٣٠
فصل فى تصرفات الغاصب فى المغصوب وغيره	٢٣٤
كتاب الشفعة	٢٣٧
باب طلب الشفعة	٢٣٩
باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب	٢٤٣
باب ما تبطل به الشفعة	٢٤٤
كتاب القسمة	٢٤٦
كتاب المزارعة	٢٥٢
كتاب المساقاة	٢٥٤
كتاب الذبائح	٢٥٥
فصل فيما يحل أكله وما لا يحل	٢٥٩
كتاب الاضحية	٢٦١
كتاب الكراهية	٢٦٤
فصل فى الاكل والشرب	٢٦٥
فصل فى اللبس	٢٦٧
فصل فى النظر والمس	٢٦٨

	صحيفة
فصل فى البيع	٢٧١
كتاب احياء الموات	٢٧٦
مسائل الشرب	٢٧٨
كتاب الاشربة	٢٨٠
كتاب الصيد	٢٨٣
كتاب الرهن	٢٨٦
باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز	٢٨٩
باب الرهن يوضع على يد عدل	٢٩٢
باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره	٢٩٤
فصل فى بيان تغير الرهن وزيادته وغيرهما	٢٩٧
كتاب الجنايات	٢٩٨
باب ما يوجب القود وما لا يوجب	٣٠٠
باب القصاص فيما دون النفس	٣٠٤
فصل فى الصلح وغيره	٣٠٦
فصل فى تعدد الجناية	٣٠٧
باب الشهادة فى القتل	٣٠٩
باب اعتبار حالة القتل	٣١٠
كتاب الدية	٣١١
فصل فى بيان ديات الاطراف	٣١٢
فصل فى بيان أحكام الشجاج	٣١٤
فصل فى بيان أحكام الجنين	٣١٧
باب ما يحدثه الرجل فى الطريق	٣١٨
فصل فى الحائط المائل	٣٢٠
باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك	٣٢١
باب جناية المملوك والجناية عليه	٣٢٤
فصل فى بيان ما يجب بقتل العبد	٣٢٧
باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك	٣٢٩

	صحيفة		صحيفة
باب القسامة	٣٣١	باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة	٣٤٨
كتاب المعاقل	٣٣٤	باب وصية الذمى	٣٤٩
كتاب الوصايا	٣٣٦	باب الوصى	٣٥٠
باب الوصية بثلث المال	٣٣٨	فصل فى الشهادة	٣٥٢
باب العتق فى المرض	٣٤٤	كتاب الخنثى	٣٥٣
باب الوصية للاقارب وغيرهم	٣٤٦	كتاب الفرائض	٣٦٤

(تمت)

الجزء الثانى من شرح الكنز تأليف الشيخ الامام
العالم العلامة عمدة المحققين والمحدثين
أبى محمد محمود العينى تغمده الله
تعالى برحمته وأسكنه
فسيح جنته
م



(هذا (كتاب) فى بيان أحكام (البيوع))

وفى بعض النسخ البيع والاصل أن لايجمع البيع لانه مصدر فيتناول القليل والكثير والذى يجمعه ينظر الى الانواع التى تحته وهو فى اللغة مطلق المبادلة وفى الشرع (هو) أى البيع (مبادلة المال) بالمال (بالتراضى) فان وجدت المبادلة بلا تراض لايكون بيعا شرعيا لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض (ويلزم) أى ينعقد البيع انعقاد الازما (بايجاب وقبول) بصيغة المضى كقول البائع بعت والمشترى اشتريت لان الشرع اعتبر الاخبار انشاء فى جميع العقود فينعقد به وقال الشافعى لايلزم بذلك بل لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا وبه قال أحمد فى رواية ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع فى ملك المشترى واثبات الخيار لاحدهما يستلزم ابطال حق الآخر فينتفى بقوله عليه الصلاة والسلام لاضرر ولاضرار فى الاسلام والحديث محمول على خيار القبول فانه اذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار مادامافى المجلس ولم يأخذا فى عمل آخر وفى لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة ومابعده أو قبله مجازا كسائر أسماء الافعال مثل المتجاذبين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال هذا تأويل محمد وقال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وينعقد البيع أيضا بكل لفظ يدل على معنى الايجاب والقبول مثل قوله فى الايجاب خذ هذا بألف أو أعطيتك أو هذا لك بكذا وكذا فى القبول اشتريت وقبلت ورضيت وأجزت وأخذت وما أشبه ذلك ولا فرق بين أن يكون البادى المشترى أو البائع (و) يلزم أيضا (بتعاط) سواء كان فى نفائس السلع أو خسائسها فى الاصح وعن الكرخى جواز ذلك فى الخسائس دون النفائس وهو قول أحمد وعند الشافعى لاينعقد بالتعاطى مطلقا ثم

قوله كسائر أسماء الافعال هكذا بخطه والصواب أن يقول كسائر أسماء الفاعلين كما قاله الزيلعى رحمه الله لان المتبايع اسم فاعل لا اسم فعل تدبر اه من هامش

اختلفوا

اختلفوا فيما يتم به التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد الى أنه يكتفي بتسليم المبيع
(وأى) واحد من المتعاقدين (قام عن المجلس قبل القبول) بعد ايجاب أحدهما (بطل الايجاب)
لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على
مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى وعند الشافعي خيار القبول لا يمتد الى آخر المجلس بل
هو على الفور قلنا انه يحتاج الى التروي والتفكر فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة وفيما قاله
حرج بين وهو مدفوع بالنص (ولا بد من معرفة قدر) مبيع وثمن (ووصف ثمن غير مشار) اليه
لان جهالتهما تفضي الى المنازعة كما في السلم فان معرفة قدر المسلم فيه شرط لجواز العقد
والحاصل أن الاعواض اذا كانت غير مشار اليها سواء كان ثمنا أو مثمنا يشترط فيها معرفة
المقدار في المبيع ومعرفة مقدار الثمن ووصفه وأما اذا كانت مشارا اليها فلا يشترط ذلك أشار
اليه بقوله (لا) يحتاج الى معرفة القدر في المبيع والثمن ووصفه في الذي هو (مشار) اليه
لعدم الافضاء الى المنازعة لكن هذا في غير الاموال الربوية وأما في الاموال الربوية فاذا قوبلت
بجنسها فان العقد لا يجوز مع جهالة القدر فيها لاحتمال الربا (وصح) البيع (بثمن حال)
بتشديد اللام (وبأجل معلوم) اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لاطلاق النص واذا
كان الاجل مجهولا لافسد العقد (ومطلقه) أي مطلق الثمن أراد أن يكون مطلقا عن قيد البلد
وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمى قدره بان قال عشرة دراهم مثلا (يقع على النقد الغالب) في
البلد لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص (وان اختلفت النقود) في البلد ولكن كان الكل
في الرواج سواء وفي المالية مختلفة (فسد) البيع للجهالة (ان لم يبين) فاذا بين ارتفع الفساد فان
كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد وان كانت في المالية سواء جاز البيع
كيفما كان غير أنه ان كان أحدهما أروج انصرف اليه وان كانت في الرواج سواء كالاحادي
والثنائي والثلاثي جاز لان مالية كل واحد درهم لان الثنائي كل اثنين منه درهم والثلاثي كل
ثلاثة منه درهم فاستوى الكل في كونه درهما واحدا في الحقيقة وان اختلفت في الصورة
ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري اليوم بمصر هكذا قال الشارح
قلت فسد الحال فخرج درهم يقال له نوروزي وآخر يقال له حكمي وعندهم عتيق يقال له
ظاهري وآخر يقال له بندقي فالدرهم الظاهري يباع بثمانية دراهم من الفلوس والنوروزي يباع
منه درهم بدرهمين من الفلوس أو ثلاثة وفيه شئ لا يساوي درهما فلوسا والحكمي أزيد منه
بيسير فحينئذ لا بد من التعيين ثم ظهر درهم يقال له مؤيدي كل درهم منه يباع بثمانية عشر درهما
من الفلوس وأبطل غيره من الدراهم ما خلا الظاهري العتيق فانه كان يباع منه درهم بعشرة
وأقل وأكثر ففي هذا أيضا لا بد من التعيين والا فسد العقد (ويباع الطعام كيلا) أي من حيث
الكيل (و) يباع أيضا (جزافا) لان بكل منهما يصير معلوما أما المكايلة فظاهر وأما الجزاف
فلانه بالاشارة ترتفع الجهالة ومراده أن يبيعه بخلاف جنسه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا
وهو ما دون نصف الصاع وقال في خلاصة الفتاوى أدنى ما يكون مال الربا نصف صاع حتى
اذا باع منا من حنطة بمنّ ونصف منّ يجوز ونقل في الفتاوى الصغرى عن المعلى بن منصور عن
محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم في الكثير فالقليل منه حرام (و) يباع أيضا (باناء

أو حجر بعينه لم يدر قدره) لان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالتكبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف وأمّا اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا فى قرب الماء استحسانا للتعامل فيه وكذا اذا كان الحجر يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره (ومن باع صبرة) وهى اسم الكوم من الحب (كل صاع) بالنصب بدل من صبرة أى باع كل صاع من صبرة (بدرهم صح) البيع (فى صاع) واحد عند أبى حنيفة وقالا جاز فى الكل لانّ المبيع معلوم بالاشارة الى الجملة والثمن معلوم بالعد وبه قالت الثلاثة وله أنّ المعلوم هو صاع واحد والباقى مجهول فان سمى جملة الصيعان أو كيلت الصبرة فى المجلس صح البيع وثبت للمشترى الخيار أما قبل التسمية والكيل ففى صاع واحد وأمّا بعدهما ففى الكل وان علم ذلك بعد الافتراق فسد البيع (ولو باع ثلة) بفتح الثاء المثلثة وتشديد اللام وهى القطيع من الغنم (أو) باع (ثوبا كل شاة) بدرهم (أو) كل (ذراع بدرهم فسد) البيع (فى الكل) عند أبى حنيفة وعندهما يجوز فى الكل والدليل ما مرّ (ولو سمى الكل) بأن قال مائة شاة مثلا بمائة درهم أو مائة ذراع بمائة (صح) البيع (فى الكل) يعنى فى فصل الصبرة وفصل الشاة ونحوهما لزوال المانع (ولو نقص كيل) فيما اذا باع صبرة وسمى جملتها بأن قال بعتكها على انها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة (أخذ) الموجود (بحصته) ان شاء (أو فسخ) البيع لتفرق الصفقة عليه (وان زاد) الكيل فيما ذكرنا (فللبائع) أى فالزائد للبائع لانه لم يدخل فى البيع الا قدر المسمى فيبقى على مالكه (ولو نقص ذراع) فيما اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا (أخذ) الموجود (بكل الثمن) ان شاء (أو ترك) والاصل فيه انّ الذراع فى المذروعات وصف والكيل فى المكيلات أصل فلا ينقسم الثمن على الاوصاف الا عند التعيين على ما يجىء ان شاء الله تعالى غير أنه وجده ناقصا فيثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه (وان زاد) الذراع فيما ذكرنا (فللمشترى) أى فهو للمشترى بذلك الثمن لما ذكرنا (ولا خيار للبائع) كما اذا شرط معيبا فوجده سليما (ولو قال) البائع (كل ذراع بكذا) بأن قال بعتكه على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلا (ونقص) الذراع فيما ذكرنا (أخذ) الموجود (بحصته) ان شاء (أو ترك) لفوات الوصف المرغوب فيه (وان زاد) الذراع فيما ذكرنا (أخذ كله كل ذراع بكذا) أى بدرهم مثلا بمثل ما قال فى الاول ان شاء (أو فسخ) البيع لانّ الذراع وان كان وصفا لكنه صار أصلا بالتعيين كما ذكرنا وثبوت الخيار لتفرق الصفقة عليه (وفسد بيع عشرة أذرع) من مائة ذراع (من دار) أو من حمام عند أبى حنيفة وقالا يجوز لانّ عشرة أذرع من مائة ذراع عشرها فأشبه السهم وبه قالت الثلاثة وله أنّ الذراع اسم لما يذرع به ويستعار لما يحل الذراع فيه وانه لا يكون الا معلوما فكانه باع ما هو معين وهو مجهول فى نفسه فلم يصح بخلاف السهم لانه اسم للشائع غير المعين فافترقا (لا) يفسد بيع عشرة (أسهم) من دار لما ذكرنا قال الشارح هذا مشكل فانه لو باع عشرة أسهم من دار أو غيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا يعرف نسبته الى جميع الدار قلت لا نسلم ذلك لانّ اسهم الدار معلومة فيعلم نسبة العشرة اليه ضرورة ولئن سلمنا فراده عشرة أسهم من مائة سهم ونحوه مثلا فافهم (وان

اشترى) رجل (عدلا) بكسر العين أى حملا من الثياب (على انه عشرة أثواب) بعشرة دنانير ولم يبين ثمن كل ثوب (فنقص) العدل عن العشرة (أو زاد) عليها (فسد) البيع لجهالة المبيع فى الزيادة وجهالة الثمن فى النقصان (ولو بين) المشترى (ثمن كل ثوب) فى المسئلة المذكورة (ونقص المسمى (صح) البيع (بقدره) أى بقدر الموجود لان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل فى المعدوم وعن أبى حنيفة أنه يفسد لانه جمع بين معدوم وموجود فى صفقة واحدة (وخير) المشترى لفوات الوصف المرغوب (وان زاد) المسمى (فسد) البيع لانه تبقى الجهالة فى المردود فيؤدى الى المنازعة (ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه) أى أخذ المشترى الثوب (بعشرة) دراهم (فى) كونه وجد (عشرة اذرع (ونصف) ذراع (بلا خيار) له (و) يأخذه (بتسعة) دراهم (فى) كونه وجد (تسعة) أذرع (ونصف) ذراع ولكن يأخذه ان شاء وهو معنى قوله (بخيار) وهذا كله عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يأخذه فى الاول باحدى عشر وفى الثانى بعشرة ويخير فى الوجهين وقال محمد يأخذه فى الاول بعشرة ونصف وفى الثانى بعشرة الا نصفا ويخير فيهما لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف والخيار يثبت لئلا يتضرر ولابى يوسف أنه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على أنه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شئ من الثمن ثم يخير لعدم تمام رضاه ولابى حنيفة ان الذراع فيه وصف فى الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير فى فصل الزيادة لانه مخالفة الى خير وفى النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه * هذا (فصل) فى بيان ما يدخل فى البيع من غير ذكر وما لا يدخل وغيره (يدخل البناء والمفاتيح) جمع مفتاح (فى بيع الدار) لان العرف يطلق اسم الدار على العرصة والبناء والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبا فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل فى البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح تبعا للاغلاق وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح وفى الفتاوى الصغرى وفى المفتاح القياس ان لا يدخل وفى الاستحسان يدخل ثم قال والسلم اذا كان غير متصل لا يدخل وفى فتاوى الولوالجى اذا باع بيتا وعليه قفل لا يدخل القفل فى البيع لان القفل لم يلحق بالباب ليدخل تحت البيع بخلاف المفتاح (و) يدخل (الشجر فى بيع الارض) لانه متصل بها للقرار واختلفوا فى شجر غير مثمر وفى شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمرة تقلع للحطب والخشب ليبنى عليها والصغيرة تنقل عن مكانها فصار كالزرع وقيل يدخلان لان نهايتهما ليس لها حد معلوم بخلاف الزرع وفى الخلاصة والقطن كالزرع لا يدخل وأما أصل القطن فاختلف المشايخ فيه والصحيح انه لا يدخل وأما الكراث ان كان ظاهرا فانه لا يدخل وان كان مغيبا فانه يدخل وشجرة الخلاف والغرب للمشترى وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع أصله حتى كان شجرا وأصل الآس والزعفران للبائع والقصب فى الارض كالثمر والرطبة التى يقال لها سبست كالثمر وأما عروقها فتدخل فى البيع وقوائم الخلاف تدخل فى البيع وقوائم الباذنجان كذلك وفى فتاوى الولوالجى رجل اشترى كرما وفيه ورق التوت والورد لا يدخل فى ذلك البيع لانه بمنزلة الثمر

وقوله (بلا ذكر) يتعلق بقوله يدخل فى المسئلتين أى بلا ذكر هذه الاشياء فى البيع والاصل فى هذا الباب ان كل شئ متصل بالبيع اتصال قرار يدخل فى البيع تبعا والافلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره فى الكافى وهذا فى عرفهم وفى عرف أهل مصر ينبغى أن يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل فى بيع الدار عند أبى حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل فى البيع بغير شرط للعرف الا أن تكون ثيابا مرتفعة ولبس العرض لا يدخل الا بالشرط وخطام البعير والحبل المشدود فى عنق الحمار والبرذعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف السرج واللجام والحبل المشدود على قرن البقر والجل لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا أن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والافلا (ولا يدخل الزرع فى بيع الارض بلا تسمية ولا) يدخل (الثمر فى بيع الشجر الا بالشرط) لان اتصالهما ليس للقرار فصار كالمتاع الموضوع فى الدار ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل فى البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على فصله الا الله تعالى وعند الثلاثة لو لم تكن الثمرة مؤبرة تدخل والافلا (ويقال للبائع اقطعهما) أى اقطع الزرع والثمرة (وسلم المبيع) أى الارض والشجر لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعى يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفى العادة أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع وبه قال أحمد ومالك ولنا أن التسليم واجب بحكم العقد بخلاف الاجارة لانها للانتفاع فيترك باجر ألا ترى أنه لو اشترى أرضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفى الاجارة تدخل من غير شرط ولا فرق بين ما اذا كان للثمر أو الزرع قيمة أو لم يكن فى الصحيح ويكون فى الحالين للبائع لان بيعهما منفردا يجوز فى الحالين فى الاصح فكذا لا يدخلان فى بيع الارض والشجر تبعا وأما اذا بذر فى الارض ولم ينبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها وورق التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمار فى كل ما ذكرنا من الاحكام وأشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار فى الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق (ومن باع ثمرة بدا) أى ظهر (صلاحها او لا) أى أو لم يبد (صح) البيع لانه مال متقوم منتفع به فى الحال أو فى المآل وقيل لا يجوز قبل أن يصير منتفعا به والاول أصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به فى المآل فصار كالاطفال والجحش وعند الثلاثة لا يجوز قبل الادراك الا اذا شرط القطع (ويقطعها) أى الثمرة (المشترى فى الحال) تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط) المشترى (تركها) اى ترك الثمرة (على النخل فسد) البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وكذا بيع الزرع بشرط الترك وكذا اذا تناهى عظمها عندهما وقال محمد لا يفسد للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم

وعند

وعند الثلاثة لايفسد البيع اذا شرط تركها على الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع
طاب الفضل للمشترى وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته وتعرف الزيادة بالتقويم يوم
البيع والتقويم يوم الادراك فالزيادة تفاوت ما بينهما وان كان تركها بعد تناهى عظمها
لايتصدق بشئ لان التغير فى حال الثمرة لا فى ذاتها فان الشمس تنضجه ويأخذ اللون من القمر
والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخيل الى وقت الادراك
فتركها طاب له الفضل والاجارة باطلة لعدم التعارف فيبقى الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا
اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك وتركه حيث لايطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن
وعلى ما غرم من أجرة المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت
ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ولو اثمر بعد القبض يشترك فيه للاختلاط
والقول قول المشترى فى مقداره لانه فى يده وكذا فى الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشترى
الاصول لتحصل الزيادة فى ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء وقيل
المخلص فيه أن يشترى الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود
أكثر خاصة لان لهذه المسائل ثلاث صور احداها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه
بالاتفاق والثانية أن لايخرج شئ منه فلا يجوز اتفاقا والثالثة أن يخرج بعضها دون بعض
فلا يجوز فى ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود
استحسانا للضرورة وكان شمس الائمة الحلوانى وأبو بكر محمد بن الفضل البخارى يفتيان به
وقال شمس الائمة السرخسى والاصح انه لايجوز (ولو استثنى منها) أى من الثمرة المبيعة سواء
كانت مجدودة أو غير مجدودة (ارطالا معلومة صح) البيع لان المبيع معلوم بالاشارة
والمستثنى معلوم بالعبارة وبه قالت الثلاثة وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لايجوز واليه
ذهب الطحاوى لان الباقى بعد استثناء المعلوم مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان
الباقى معلوم بالمشاهدة (كبيع بر) أى كما يصح بيع بر (فى سنبله و) بيع (باقلا فى قشره)
لانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه وقال الشافعى لايجوز لان المعقود عليه مستور غائب عن
البصر فلا يجوز كبيع بذر البطيخ وحب القطن واللبن فى الضرع والزيت فى الزيتون قبل
الاستخراج ولنا ما قلنا وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وسائر
الحبوب المغلفة فان قلت روى مسلم واحمد وغيرهما أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع
النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة قلت المراد به السلم يعنى لايجوز
الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس الاترى الى ما رواه البخارى ومسلم عن النبى صلى الله عليه
وسلم اذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك فيكون حجة لنا فى اشتراط وجود المسلم فيه من حين
العقد الى حين المحل ولو أجرى على اطلاقه كان حجة لنا أيضا فى هذا الموضع لانه يقتضى جواز
بيعه بعد ما ابيض مطلقا من غير قيد بالفرك ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك (واجرة الكيال على
البائع) فيما اذا بيع مكايلة وكذا أجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البائع لان هذه الاشياء
من تمام التسليم وهو على البائع فكذا تمامه (واجرة نقد الثمن ووزنه) أى وزن الثمن (على
المشترى) لان الوزن من تمام التسليم فيجب عليه وكذا يجب عليه تسليم الجيد فيكون أجرة

من غير ذلك عليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد وفى رواية ابن رستم عنه أجرة نقد الثمن على البائع لان النقد يكون بعد التسليم والوزن وعن محمد ان أجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المدين وفى الفتاوى الصغرى اختلف المشايخ فى أجرة النقد قال بعضهم على البائع وقال بعضهم على المشترى ثم قال وبه أفتى ثم قال وذكر القدورى انها على المشترى الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة ثم قال واختار فى الواقعات انها على المشترى وفى الخلاصة لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها فى وعاء المشترى على البائع أيضا هو المختار وفى المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشترى وفى الخلاصة ولو اشترى حنطة فى سنبلها فعلى البائع تحصيلها بالدوس والتذرية ودفعها الى المشترى ثم قال وهو المختار وفيه أيضا رجل اشترى عنبا جزافا فقطعه على المشترى وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والجزر والبصل اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قطع الثمر على المشترى (ومن باع سلعة بثمن سلمه) أى سلم الثمن (أولا) ليتعين حق البائع فيه وعند الشافعى وأحمد يسلم المبيع أولا (والا) أى وان لم يكن بيع سلعة بثمن بل كان بيع ثمن بثمن أو بيع سلعة بسلعة سلما (معا) لاستوائهما فى التعيين وعدمه فلم يتعين تقديم أحدهما والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (خيار الشرط) فى البيع *

واعلم ان الخيارات ثلاثة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وهذا هو المذكور فى المختصرات ولنا خياران آخران أحدهما خيار التعيين وسيجىء بيانه فى الكتاب والآخر خيار الغرور والغبن قالوا فى المغبون غبنا فاحشا له أن يرده على بائعه بحكم الغبن وقال أبو على النسفى فيه روايتان عن أصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام أبو اليسر يفتى بالرد اذا قال للمشترى قيمة متاعى كذا أو قال متاعى يساوى كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه له الرد بحكم انه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقيل لا يرد كيفما كان والصحيح أن يفتى بأن الرد ان غره والا فلا (صح) خيار الشرط (للمتبايعين) كليهما (أو لاحدهما) أى لاحد المتبايعين (ثلاثة أيام أو أقل) من ثلاثة أيام لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ الانصارى وكان يغبن فى البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام (ولو) شرطا (أكثر) من ثلاثة أيام (لا) يصح عند أبى حنيفة وبه قال زفر والشافعى ومالك لانه مخالف لمقتضى العقد ولكن جوزنا فى الثلاثة للحديث المذكور فبقى ما وراءه على ظاهر القياس وقالا تجوز الزيادة اذا ذكر مدة معلومة وبه قال أحمد لانه شرع نظرا للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن وقد لا يحصل ذلك فى الثلاث فيكون مفوضا اليهما (فان أجاز) من له الخيار العقد (فى الثلاث) أى فى ثلاثة أيام بعدما كان شرط أكثر منها (صح) ذلك وتم العقد وقال زفر والشافعى انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا قلنا انه اسقاط للمفسد قبل تقرره فيجوز (ولو باع) شخص شيأ (على انه) أى المشترى (ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع) بيننا (صح) البيع وقال زفر لا يصح لانه بيع شرطت فيه الاقالة الفاسدة فالصحيحة مما تفسده فالفاسدة أولى وبه قالت الثلاثة ولنا أن ابن عمر رضى الله عنهما باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضى الله عنهم (و) لو باع على انه ان لم ينقد الثمن (الى أربعة) أيام (لا) يصح البيع عند أبى حنيفة بناء على أصله وعن أبى يوسف

روايتان

روايتان والاصح أنه يوافق الامام وعند محمد يجوز ذلك بناء على أصله ولكن أبو يوسف أجاز في
شرط الخيار عملا بالاثر وهو ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أجاز الخيار الى شهرين وعمل
في هذه المسئلة بالقياس (فان نقد) المشترى الثمن (في الثلاث) أى في ثلاثة أيام فيما اذا شرطا
أكثر من ثلاثة أيام (صح) البيع لانه اسقاط للمفسد قبل تقرره وقال زفر انعقد فاسدا فلا
ينقلب جائزا وبه قال الشافعي وقول الشارح هذا بالاجماع غير صحيح ثم هذه المسئلة على وجوه
اما ان لا يبينا الوقت أو بينا وقتا مجهولا بأن يقول على انه ان لم ينقده أياما أو بينا وقتا معلوما
وهو أكثر من ثلاثة أيام فهو في هذه الصور كلها فاسد الا أن ينقد في الثلاث لما قلنا وان بينا وقتا
معلوما وهو ثلاثة أيام أو دونه فانه يجوز (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) أى ملك
البائع لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار وفائدة هذا أنه اذا أعتق عبده
المبيع بالخيار يعتق ويملك التصرف في المبيع دون المشترى وان قبضه باذن البائع وعن
الشافعي أن المشترى يملكه بالعقد (وبقبض المشترى) المبيع الذى فيه خيار البائع اذا هلك
في يده في مدة الخيار (يهلك بالقيمة) حتى يلزم المشترى قيمته يوم القبض ان كان من ذوات
القيم والا فيجب ضمان مثله ان كان مثليا وعند الشافعي وأحمد يهلك بالثمن مطلقا ولو هلك في يد
البائع انفسخ البيع ولا شئ على المشترى كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب في يد المشترى
فللبائع أن يلزمه البيع ان شاء وان شاء فسخ البيع وضمنه النقصان ولو تعيب في يد البائع فهو
على خياره ولكن المشترى يتخير ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ كما في البيع المطلق
واذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه
ويسقط حصته من الثمن (وخيار المشترى لا يمنع) خروج المبيع عن ملك البائع (ولا يملكه)
المشترى عند أبي حنيفة يعنى لا يدخل في ملكه وعندهما يدخل لانه لو لم يدخل لكان زائلا لا الى
مالك ولا نظير له في الشرع وبه قالت الثلاثة وله أن الخيار شرع للتروى فلو دخل في ملكه يلزم
اجتماع البدلين في ملك واحد لان الثمن لم يخرج عن ملكه ولا نظير لهذا اما المملوك بلا مالك فله
نظير كالعبد المشترى لخدمة الكعبة شرفها الله تعالى من بيت المال وكذا التركة المستغرقة بالدين
تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة (وبقبضه) أى وبسبب قبض المشترى المبيع
الذى فيه خياره اذا هلك في يده (يهلك بالثمن) يعنى يلزمه الثمن لانه لما قرب الى الهلاك عجز عن
رده فلزم البيع فعليه ثمنه وعند الشافعي في قول لزمته القيمة لانه عجز عن الرد قبل تمام الملك
(كتعيبه) أى كما يلزمه الثمن اذا دخله عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو
على خياره فاذا ارتفع في المدة لا يلزمه والا لزمه وعن الشافعي أيضا يلزمه القيمة في التعيب أيضا
ثم ذكر مسئلة من المسائل التى تبتنى على الاصل المذكور آنفا بالفاء بقوله (فلو اشترى زوجته)
بأن كانت أمة لرجل (بالخيار بقى النكاح) لان خيار المشترى يمنع دخول المبيع في ملكه (فان
وطئها) أى الامة المذكورة (فله ان يردها) لان الوطء بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين
اذ لا يملكها بهذا الشراء الا اذا نقصها الوطء لانها تعيبت به وليس له أن يردها عليه بعد
ما تعيبت عنده وهذا عند أبي حنيفة وعندهما ليس له أن يردها مطلقا لان النكاح انفسخ لملكه
اياها فيكون الوطء بحكم ملك اليمين فيمنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطئها وقد ذكرنا في كتابنا

المستجمع فى شرح المجمع عشر مسائل مفرعة على الاصل المذكور وجمعناها بقولنا اسحق عزلك
نخم * الالف من الامة اذا اشتراها بشرط الخيار وكانت زوجته وهى التى ذكرها الشيخ السين
من الاستبراء اذا اشتراها وحاضت فى مدة الخيار لم تحتسب من الاستبراء عنده خلافا لهما الحاء
من المحرم اذا اشترى عبدا أو جارية وكانت ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه وخياره باق عنده
خلافا لهما القاف من القربان اذا اشتراها وقربها بعد الشراء وهى ثيب لم يصر قابضا فلا
يسقط الخيار خلافا لهما العين من الوديعة اذا اشترى شيأ ثم اودعه عند البائع فهلك فى يد
البائع فى مدة الخيار فهو من مال البائع عنده خلافا لهما الزاى من الزوجة اذا اشترى زوجته
فولدت فى مدة الخيار لم تصر أم ولده عنده خلافا لهما الكاف من الكسب اذا اشترى عبدا
فكسب عنده فى مدة الخيار فالكسب للبائع اذا فسخ البيع عنده خلافا لهما الفاء من الفسخ
اذا اشترى جارية بالخيار ثم فسخ البيع لم يجب الاستبراء على البائع عنده خلافا لهما الخاء من
الخمر اذا اشترى ذمى من ذمى آخر خمرا فأسلم أحدهما فهو للبائع عنده خلافا لهما الميم من المأذون
اذا اشترى العبد المأذون له شيأ بالخيار ثم أبرأه البائع عن الثمن فى المدة يكون خياره باقيا فان
أجاز البيع فالمبيع له بغير ثمن وان فسخ عاد الى البائع بغير ثمن وعندهما بطل خياره وذكر الشارح
مسائل أخرى منها اذا حلف بعتق عبد بأن قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق
عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار
فتخمر العصير فى المدة فسد البيع عنده خلافا لهما ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار
فقبضه ثم أحرم والصيد فى يده ينتقض البيع ويرده الى البائع عنده وقالا يلزم المشترى فلو كان
الخيار للبائع ينتقض فى قولهم جميعا ومنها لو اشترى دارا وهو ساكنها باجارة أو عارية فاستدام
السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده خلافا لهما (ولو اجاز) البيع (من له الخيار بغيبة
صاحبه) وهو البائع ان كان الخيار للمشترى والمشترى ان كان الخيار للبائع (صح) ما اجازه
لانه اسقاط حق فلا يعتبر حضور من عليه الحق كالطلاق والعتاق (ولو فسخ) البيع من له الخيار
بغيبة صاحبه (لا) يصح عندهما وعند أبى يوسف يصح أيضا لانه سلطه على فسخه حيث خيره وبه
قالت الثلاثة ولهما أنه تصرف على صاحبه بادخال الثمن أو المبيع فى ملكه من غير علمه فلا يجوز
كما فى عزل الوكيل فان علم جاز والا فتم البيع ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه فى المدة صح
ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ
رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد
عليه وذكر الكرخى أن خيار الرؤية على هذا الخلاف وفى خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه
بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء (وتم العقد بموته) أى بموت من له الخيار ولا ينتقل الى الورثة
وقال الشافعى يورث عنه لانه حق لازم له فى البيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب وبه قال
مالك ولنا أن الغرض منه التأمل لغرض نفسه وقد بطلت أهلية التأمل له بخلاف خيار العيب
لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره (و) تم أيضا مع (مضى المدة)
أى مدة الخيار لان عدم النفاذ كان لتمكنه من الفسخ فى المدة فاذا مضت ارتفع المانع فتم العقد
(و) تم أيضا مع (الاعتاق) بأن أعتق العبد لانه دليل الاستبقاء لانه يعتمد الملك (و) كذا يتم مع

(توابعه) أى مع توابع الاعتاق كالتدبير والكتابة وكذلك كل تصرف لايحل الا فى الملك كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ الا فى الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشترى ووجد منه شئ من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيأ من هذه الاشياء انفسخ البيع ولو كان الفعل يحل فى غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء (و) كذا يتم مع (الاخذ بشفعة) وصورته ان يشترى دارا بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بجنبها فيأخذها المشترى بشرط الخيار بالشفعة تم البيع لان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة (ولو شرط المشترى الخيار لغيره) أى لغير العاقد (صح) الشرط عندنا وقال زفر لا يجوز لانه من أحكام العقد فيختص بالعاقد وبه قال الشافعى فى قول وانما أن تصرفات العاقل تصان عن اللغو منهما أمكن وقد أمكن أن يجعل لغيره نيابة عن نفسه بطريق الاقتضاء فيثبت له أولا ثم ينوب به الغير فيه (وأى) من كان من المشترى وممن شرط له الخيار (اجاز) البيع (أو نقض) البيع (صح) لان كلا منهما يملك التصرف اصالة أو نيابة (فان اجاز) البيع (احدهما) أى أحد الاثنين وهما من شرط الخيار من المتعاقدين والغير وهو الاجنبى (ونقض) البيع (الآخر فالاسبق) منهما (أحق) لوجوده فى زمان لا يزاحمه فيه أحد وتصرف الآخر بعده لغو (فان كانا) أى اللفظان المذكوران وهما الاجازة والفسخ (معا) أى مجتمعين بأن أجاز أحدهما وفسخ الآخر وخرج الكلامان معا (فالفسخ) أحق من الاجازة من أيهما كان وهو رواية عن أبى يوسف وعن محمد تصرف العاقد أولى لقوته (ولو باع) شخص (عبدين على انه بالخيار فى احدهما) أى فى أحد العبدين (ان فصل) ثمن كل واحد منهما (وعين) الذى فيه الخيار (صح) البيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فالم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للبيع وان يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين (والا) أى وان لم يفصل الثمن ولم يعين الذى فيه الخيار (لا) يصح البيع للجهالة وكذا لو عين الثمن ولم يبين الآخر أو بالعكس لا يصح اما لجهالة الثمن أو لجهالة المبيع فهذه أربعة أنواع ولو اشترى كيليا أو وزنيا أو عبدا واحدا على انه بالخيار فى نصفه جاز فصل الثمن أو لا لان النصف من الشئ الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشترى (وصح خيار التعيين) للمشترى بأن يبيع أحد العبدين أو أحد الثوبين على أن يأخذ المشترى أيهما شاء بتعيينه أو يبيع أحد الاعبد الثلاثة أو أحد الاثواب الثلاثة على أن يأخذ المشترى واحدا منها بتعيينه ولا يجوز ذلك فى الاربعة من العبيد أو الثياب أو نحوهما فلذلك قيد بقوله (فيما دون الاربعة) وهى الثلاثة أو الاثنان كما قلنا وهذا فى معنى خيار الشرط والجهالة التى فيه لا تفضى الى المنازعة لتعين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير أن الحاجة تندفع بالثلاثة والاثنين لوجود الجيد والوسط والردىء فلا حاجة الى الاربعة حتى لو باع أحد الاثواب الاربعة على أن يأخذ واحدا منها لا يجوز وهو القياس أيضا فيما دون الاربعة ولكن جوزنا فيما دون الاربعة لما ذكرنا وقال زفر والشافعى لا يجوز فى الكل لجهالة المبيع ثم قيل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير قال شمس الائمة هو

الصحيح وقيل لايشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول
هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد فى أحدهما حتى لا يرد الا أحدهما وعلى قول
الكرخى له أن لا يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وان شرطا خيار الشرط مع
خيار التعيين جاز فان ردهما بخيار الشرط فى المدة أو ردّ أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك
واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يمكن ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما
وان مات المشترى فى مدة الخيار يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له
الا ردّ أحدهما ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخى فى مختصره انه
يجوز استحسانا وذكر فى المجرد أنه لا يجوز لانه جوز للمشترى للحاجة مخالفا للقياس ولا حاجة
اليه للبائع واذا كان خيار التعيين للمشترى وقبضهما فهلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه
بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الآخر للامانة لان الداخل تحت العقد أحدهما والذى
لم يدخل فى العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان أمانة فى يده
هذا اذا هلك أحدهما قبل الآخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما الشيوع
البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل أحدهما مبيعا أو أمانة ولا فرق بين أن يكون الثمن
متفقا أو مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدرى الاول منهما يجب نصف ثمن كل واحد
منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله أن يرد أحدهما لانهما
محل لابتداء البيع فكذا التعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له أن يردهما وان كان فيه خيار
الشرط له لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط (ولو اشتريا) أى ولو اشترى اثنان (على انهما بالخيار
فرضى احدهما) بالبيع بأن أسقط خياره (لا يرده الآخر) عند أبى حنيفة وقالا له أن يرده لانه لولم
يملك فسخه كان الزاما عليه لا برضاه وفيه ابطال لما ثبت من حقه لان كلا من الاجازة والفسخ
حقه وبه قالت الثلاثة وله ان ردّ أحدهما دون الآخر يوجب عيبا فى المبيع لم يكن عند البائع
أعنى عيب الشركة وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب (ولو اشترى) رجل (عبدا على
أنه) أى على أن العبد (خبازا أو كاتب فكان) أى العبد (بخلافه) أى بخلاف ما ذكره بأن كان
غير خباز أو غير كاتب (أخذه بكل الثمن) المسمى ان شاء (أو ترك) لفوات الوصف المرغوب فيه
بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل أو تحلب كذا وكذا رطلا حيث يفسد البيع لانه ليس من
قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل أنه لبن أو حمل
أو انتفاخ حتى لو شرط انها حلوب أو لبون لا يفسد لانه وصف ولو قالت يخبز كذا وكذا صاعا
أو يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا وشرطه أن يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم
الكاتب والخباز وان كان لا يحسن هذا المقدار فله الخيار وان قال البائع عند الرد كان يحسن
ذلك لكنه نسى عندك فالقول قول المشترى وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة أو نحوه
فى جميع ما ذكرنا من الاحكام والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (خيار الرؤية) *

(شراء ما لم يره جائز) وقال الشافعى لا يجوز لجهالة المبيع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من
اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه رواه الدارقطنى وعند مالك وأحمد يصح بيعه بالصفة ويثبت

له

له الخيار اذا لم يكن بهذه الصفة وهو قول الشافعي في القديم فان قلت في اسناد هذا الحديث عمر بن ابراهيم الكردي قال الدارقطني يضع الحديث وانما هو موقوف على ابن سيرين قلت رواه النعمان بن بشير عن النبي صلى الله عليه وسلم واحتج به الطحاوي ورواه محمد في كتاب المزارعة عن مجاهد وطريق الطعن فيه من حيث الارسال والمرسل حجة عندنا فان قلت روي أن حكيم ابن حزام قال يارسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن بيع ماليس عندي فأبيعه منه ثم ابتاعه من السوق فقال لاتبع ماليس عندك رواه البخاري وأبو داود قلت كان حكيم يبيع مالايملكه ثم يدخل في السوق فيشتريه ويسلم فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم ومعناه لاتبع ماليس عندك في ملكك (وله) أي للمشتري (أن يرده) أي أن يرد الشيء الذي اشتراه ولم يره (اذا رآه) لما رويناه وقوله (وان رضي) واصل بما قبله يعني له الخيار اذا رآه وان كان رضي (قبله) أي قبل أن يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ماروينا (ولا خيار لمن باع مالم يره) وهو قول أبي حنيفة آخرا لان عثمان ابن عفان رضي الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة انك غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك غبنت فقال لي الخيار لاني بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضر من الصحابة رضي الله عنهم وكان قوله الاول ان له الخيار ثم رجع وقال الشافعي لايجوز بيع مالم يره أصلا قولا واحدا (ويبطل) خيار الرؤية (بما يبطل به خيار الشرط) من التصريح والدلالة ومراده بعد الرؤية وأما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على مانبين وقيل اذا رآه وتمكن من الفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم توجد منه الاجازة صريحا ولا دلالة والصحيح أنه مطلق غير مؤقت بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره مالم يسقطه بالقول أو بفعل يدل على الرضا به أو التعييب أو تصرف لايمكن دفعه كالاعتاق والتدبير أو يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة لوجود الرضا منه صريحا أو دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لايوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لايبطله قبل الرؤية يبطله بعدها وكذا اذا قبضه بعدها بطل خياره لانه يدل على الرضا ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية ولو اشترى أرضا فأذن للاكرة ان يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله بأمره كفعله (وكفت رؤية وجه الصبرة و) وجه (الرقيق و) وجه (الدابة وكفلها و) رؤية (ظاهر الثوب) حال كونه (مطويا و) كفت أيضا رؤية (داخل الدار) لان رؤية مايستدل به على المقصود يكفي لتعسر رؤية الجميع وانما ذكر الكفل في الدابة لانه اذا رأى وجهها فقط لايسقط خياره لان المؤخر موضع مقصود فيها بخلاف الرقيق وهو قول أبي يوسف وقال محمد لا خيار له لان الاصل في الحيوان الوجه فيكتفي برؤيته كالعبد وفي الثوب المطوي خلاف زفر هو يقول لابد من نشره كله قلنا قلما تتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض الا أن يكون في باطن الثوب مايقصد بالنظر كوضع العلم ووجه العمامة ونحوه فحينئذ لايسقط خياره بدون النشر وجعل الشيخ رؤية داخل الدار كرؤية كلها وعامة الروايات اذا رأى صحن الدار يسقط خياره وقال زفر لابد من رؤية داخل البيوت وهو

قوله للاكرة كذا في النسخ والذي في الزيلعي للاكر وهو مناسب لما بعده اه

الاصح لان مرافقها تختلف فلابد من رؤية ذلك كله وماذكره الشيخ مبنى على عادة أهل الكوفة فان فى ذلك الزمان دورهم كانت على تقطيع واحد وأما اليوم فبخلافه فلا يكتفى به (ونظر وكيله) أى وكيل المشترى (بالقبض) أى بقبض المبيع الذى اشتراه ولم يره (كنظره) أى كنظر المشترى الموكل عند أبى حنيفة لان تمام القبض بالرؤية وقد وجدت وقالا لابد من نظره هو لان الوكيل مأمور بالقبض دون الرؤية وبه قالت الثلاثة (لا) يكون (نظر رسوله) كنظره بالاتفاق لانه لا يملك شيأ وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا فى الشراء أو البيع والفرق بين التوكيل والارسال أن يقول فى الوكيل كن وكيلى فى القبض وفى الارسال كن رسولى فيه أو أمرتك بقبضه ونظر التوكيل بالشراء كنظره بلا خلاف (وصح عقد الاعمى) لانه مكلف محتاج خلافا للشافعى فى قول (ويسقط خياره) أى خيار الاعمى (اذا اشترى بجس المبيع) اذا كان مما يعرف بالجس اذا وجد الجس منه قبل الشراء وأما اذا اشترى قبل الجس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد الى أن يوجد منه مايدل على الرضا من قول أو فعل فى الصحيح (و) كذا اذا اشترى بحاسة (ذوقه) ان كان مما يعرف بالذوق (و) كذا اذا اشترى بحاسة (شمه) ان كان مما يعرف بالشم كما فى البصير (و) يسقط خياره (فى العقار) الذى اشتراه (بوصفه) أى بوصف العقار له لانه لا سبيل الى معرفته الا به حتى يسقط خياره بعد ذلك وعن أبى يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه منه وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه له وهو يراه وهو أشبه بقول أبى حنيفة وقال بعض أئمة بلخ يسقط خياره بمس الحيطان والاشجار مع الوصف وان أبصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه مايدل على الرضا فلا خيار له لان العقد تم به ولو اشترى البصير ثم عمى قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى) الثوب (الآخر له ردهما) أى رد الثوبين ان شاء لان رؤية أحدهما لا تغنى عن رؤية الآخر للتفاوت فبقى خياره فيما لم يره وليس له أن يرده وحده لنهيه عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة (ولا يورث) خيار الرؤية (كخيار الشرط) لان الخيار وصف فلا يجرى فيه الارث (ومن اشترى ما رأى) قبل الشراء (خير ان تغير) الشئ الذى اشتراه عن الصفة التى رآه عليها قبل ذلك لان العقد وقع على مجهول الوصف (والا) أى وان لم يتغير عن الصفة التى رآه عليها (لا) يخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية الاولى وقد رضى به مادام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد أنه رآه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه (وان اختلفا فى التغير فالقول للبائع) أى مع يمينه لان الاصل ابقاء ما كان على ما كان الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له ألا ترى أن الجارية الشابة تكون عجوزة بطول الزمان (و) القول (للمشترى لو) اختلفا (فى الرؤية) لانه أمر حادث والمشترى ينكره فيكون القول له مع يمينه (ولو اشترى عدلا) من القماش (وباع منه ثوبا أو وهب) ثوبا منه ثم وجد به عيبا (رده بعيب لا) يرده (بخيار رؤية او) خيار (شرط) لان الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه أن يرد الباقى بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام وفى خيار العيب يملك التفريق بعد القبض فان عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق

الصفقة

الصفقة وعن أبي يوسف أنه لا يعود وعليه اعتمد القدوري

هذا (باب) في بيان أحكام (خيار العيب)

هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة (من وجد بالمبيع عيبا) ينقص به الثمن وكان عند البائع وقبضه من غير أن يعلم به ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب فهو مخير ان شاء (اخذه) أي المبيع المعيب (بكل الثمن او ردّه) على البائع لانّ مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فعند فواتها يتخير ولا ينقص من الثمن شيأ لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الاثمان بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار الاخذ أو حدث عند المشتري عيب آخر حيث يكون له الرجوع بنقصان العيب على البائع على ما يجيء ان شاء الله تعالى (وما) أي كل شئ (اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) لان الضرر اللاحق بسبب العيب هو النقصان في المالية فيرجع فيه الى أهله ثم شرع في عد بعض العيوب التي توجب النقصان في المالية عند التجار بقوله (كالاباق) وهو هروب العبد والجارية (والبول في الفراش والسرقة) لانها توجب نقصان القيمة عندهم ثم اذا وجدت هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الاوّل لانّ البول قبله لضعف في المثانة وبعده لداء في البطن والاباق قبله لحب اللعب والسرقة قبله لقلة المبالاة وبعده يكونان لخبث في الباطن حتى لو وجد شئ منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعده ليس له أن يردّه لزوال الاوّل بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري أيضا قبله يردّه به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ ثم عند المشتري أيضا بعده يردّه والسرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى أو من غيره الا اذا سرق من المولى شيأ للاكل فانه ليس بعيب وان سرق منه طعاما ليبيعه فهو عيب ولو سرق شيأ يسيرا نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ شيأ والآبق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق وان لم يخرج اختلف فيه والاشبه ان يقال ان كان البلد كبيرا مثل القاهرة يكون عيبا وان كان صغيرا بحيث لا يخفى على أهلها لا يكون عيبا وحاصل الجواب فيها ما قال في التحفة انّ هذه الاشياء في الصغير الذي لا يعقل ولا يأكل وحده لا يكون عيبا فاذا كان صبيا عاقلا يكون عيبا ولكن عند اتحاد الحالة يثبت حق الرد لا عند الاختلاف بأن يثبت انه أبق عند البائع ثم أبق عند المشتري كلاهما في حالة الصغر أو كلاهما في حالة الكبر لان سبب وجود هذه الاشياء في حالة الصغر عيب وهو قلة المبالاة وقصور العقل وضعف المثانة وفي حالة الكبر يكون السبب سوء اختياره وداء في الباطن فاذا اتفق الحالان علم أنّ السبب واحد فيكون هذا العيب ثابتا عند البائع فأمّا اذا اختلفا فلا يعرف لانه يجوز أن يزول الذي كان عند البائع ثم حدث النوع الآخر عند المشتري فلا يكون له حق الردّ كالعبد اذا حم عند البائع ثم حم عند المشتري فان كان هذا الثاني غير ذلك النوع لا يثبت حق الرد وان كان من نوعه يثبت حق الرد فافهم (والجنون) لانه فساد في الباطن وهو لا يختلف باختلاف السنين حتى لو وجد عند البائع في صغره وعاوده عند المشتري بعد الكبر يردّه ومقداره

أن يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقيل المطبق عيب وما دونه لا وفى الجامع الصغير واذا جنت وهى صغيرة فهذا عيب أبدا وقال صاحب التحفة الجنون اذا ثبت وجوده عند البائع هل يشترط أن يوجد ثانيا عند المشترى ليس فيه رواية ثم قال اختلف المشايخ قال بعضهم قالوا لا يشترط لان محمدا قال الجنون عيب لازم أبدا فلا يشترط وجوده ثانيا عند المشترى بخلاف السرقة والاباق والبول فى الفراش فانه ما لم يوجد عند المشترى لا يثبت حق الرد وقال بعضهم لا يكون له حق الرد ما لم يوجد ثانيا عند المشترى كما فى الاباق ونظائره الا أن الفرق أن فى الجنون لا يشترط اتحاد الحالة فان جن عند البائع وهو صغير عاقل ثم جن عند المشترى بعد البلوغ فانه يثبت حق الرد وفى الاباق ونظائره لا يثبت حق الرد الا عند اتحاد الحالة وقال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير وحكى عن الشيخ أبى بكر الاسكاف البلخى أن الجنون أيضا بمنزلة البول فى الفراش والاباق والسرقة فلا يمكن للمشترى أن يرد بالجنون اذا جن عنده فى حالة الكبر اذا كان الجنون عند البائع فى حالة الصغر وانما يثبت له حق الرد اذا كان الجنون عند البائع فى حالة الكبر أيضا (والبخر) بفتحتين وهو نتن الفم (والدفر) بفتح الدال والفاء وسكونها أيضا نتن الابط وفى الجمهرة الدفر النتن رجل ادفر وامرأة دفرى وأما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة الرائحة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر (والزنا وولده) أى ولد الزنا هذه الاربعة تكون عيبا (فى الامة) دون الغلام لانه يخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش وطلب الولد والمقصود من الغلام الاستخدام وهذه الاشياء لا تخل به الا أن يكون البخر والدفر فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى أو يكون الزنا عادة له بأن يتكرر منه أكثر من مرتين وفى الاجناس فى البيوع اما الدفر ليس بعيب فى واحد منهما والعسر عيب وهو الذى يعمل بشماله ولا يعمل بيمينه وفى الغاية وقيل اذا كان العبد أمرد يكون البخر فيه عيبا والاصح أن الامرد وغيره سواء كذا فى خلاصة الفتاوى والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشترى حتى يرد الا الزنا فى الجارية فانه روى عن محمد فى الامالى لو اشترى جارية بالغة وقد كانت زنت عند البائع فللمشترى أن يردها وان لم تزن عنده للحوق العار بالاولاد وعند الشافعى الزنا فى الغلام عيب كالسرقة وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير لو اشترى عبدا فوجده زانيا لا يكون عيبا الا ان فيه زيادة قوة وزيادة القوة لا تكون عيبا ألا ترى انه لو اشترى عبدا فوجده عنينا فله أن يرده وذكر أبو يوسف فى الامالى والحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه قال اذا اشترى عبدا على انه خصى فاذا هو فحل لزمه ذلك وأما اذا اشتراه على انه فحل فاذا هو خصى لم يلزمه ذلك وفى الايضاح اذا كان العبد مدمنا للزنا ينقطع به عن خدمة المولى يكون عيبا (والكفر) فى الغلام والجارية ولو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال للعيب وقال الشافعى يرده لفوات الوصف المرغوب فيه لان استعباد الكافر واذلاله مطلوب للمسلم (وعدم الحيض) لانه يدل على داء والمعتبر فى انقطاعه أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك فى الصحيح وعن أبى يوسف ترد بلا يمين البائع ولو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لا يسمع دعواه وفى المديدة تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف وأربعة أشهر وعشر

عند

عند محمد وعن أبي حنيفة وزفر انها سنتان وجملة الامر فيه انه اذا ادّعى انقطاعه سأل القاضي البائع فان أقر بما ادعاه ردّه عليه وان أنكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند أبي حنيفة وان أقر بقيامه في الحال وأنكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل ردّ عليه وان أقام المشتري البينة على أن الانقطاع كان عند البائع قال في الكافي لا تقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه بخلاف ما اذا شهدوا أنها مستحاضة لان درور الدم يطلع عليه وفي فتاوى الفضلي الرجوع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء ويشترط لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امرأة واحدة وفي الفتاوى الصغرى اذا اشترى جارية فوجدها لا تحيض لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل فان ادعى بسبب الحبل يريها النساء فان قلن هي حبلى يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده وان قلن ليست بحبلى لا يمين على البائع وان ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء يريها الاثنين من الاطباء من المسلمين فان ثبت العيب يحلف البائع كما تقدم وان لم يثبت لا يحلف وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وان كان العيب خفيا لا يطلع عليه الا الاطباء يثبت بقول عدل منهم وكذلك اذا كان لا يطلع عليه الا النساء يثبت بقول واحدة منهن موصوفة بالعدالة والثنتان أحوط (والاستحاضة) وهو استمرار الدم وهو علامة الداء (والسعال القديم) لانّ دوامه يدل على الداء (والدين) لان ماليته تكون مشغولة به وتتقدم الغرماء على المولى (والشعر) في العين (والماء في العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى وفي التحفة العيوب على نوعين أحدهما ما يوجب فوات جزء من المبيع وتغييره من حيث الظاهر دون الباطن والثاني ما يوجب النقصان من حيث المعنى دون الصورة أما الاول فكثير نحو العمى والعور والصمم والشلل والزمانة والاصبع الناقصة والسن السوداء والسنّ الساقطة والظفر الاسود والخدش والكلم والقروح والشجاج وأثر الجراح والامراض كلها التي في سائر البدن والحميات وأما الثاني فنحو السعال القديم وارتفاع الحيض في زمان طويل أدناه شهران فصاعدا في الجواري ومنها صهوبة الشعر والشيب والشمط في العبيد والجواري والحبل في الجارية لا في البهائم والنكاح في الجارية والغلام عيب وفي العيون قال هشام سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول لو أنّ رجلا اشترى عبدا قد احتلم أو جارية حاضت ولم يختن العبد ولم تخفض الجارية قال ان كان مولدا فهو عيب وان كان جليبا فليس بعيب وان كان صغيرا فليس بعيب وفي الايضاح وحذف الحروف في المصحف أو في بعضه عيب لانه يوجب نقصان الثمن (فلو حدث) عيب (آخر عند المشتري) بعد اطلاعه على عيب كان عند البائع (رجع بنقصانه) لانه تعذر الردّ بسبب العيب في الحادث وطريق معرفته أن يقوّم وبه هذا العيب ثم يقوّم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين رجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة مثلا يرجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فبثلثه وقال مالك يردّ المشتري المبيع مع نقصان العيب الذي حدث عنده (أو ردّ) المشتري المبيع الذي حدث فيه عيب آخر (برضا بائعه) لانه رضي بالتزام الضرر وبدون رضاه لا يردّ لدفع الضرر عنه وقال مالك وأحمد في رواية له أن يرده ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده لقيام المجوّز للردّ وهو الاطلاع

على العيب (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به) أى بالثوب (عيبا) بعد قطعه (رجع بالعيب) أى بنقصان العيب لتعذر الرد بالقطع بخلاف ما اذا اشترى بعيرا فنحره فوجد أمعاءه فاسدة حيث لا يرجع بالنقصان عند أبى حنيفة لان النحر افساد للمالية كما اذا كان عبدا فقتله (فان قبله) أى فان قبل الثوب المذكور (البائع كذلك) أى بقطعه (له) أى للبائع (ذلك) أى القبول لان الامتناع لحقه وقد رضى به (وان باعه) أى الثوب المذكور (المشترى لم يرجع) على البائع (بشئ) لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضا البائع فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له (فلو قطعه) أى فلو قطع المشترى الثوب (وخاطه او صبغه) بأى صبغ كان (أولت) أى أو خلط المشترى (السويق بسمن فاطلع على عيب) فى الثوب أو السويق بعد هذه الاشياء (رجع) على البائع (بنقصانه) لتعذر الرد بسبب الزيادة بخلاف الزيادة المتصلة كالسمن والجمال حيث لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية وهى نوعان متولدة من الأصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرناهما والمنفصلة أيضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد وغير متولدة منه كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم للمشترى مجانا (كما) يرجع بالنقصان (لو باعه) أى الثوب بعد القطع والخياطة والصبغ والسويق بعد اللت بالسمن وكل ذلك (بعد رؤية العيب) لتعذر الرد ولا تأثير للبيع لامتناع الرد قبله فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة (أو مات العبد) بعد اطلاعه على العيب فكذلك يرجع بالنقصان لامتناع الرد حقيقة (أو أعتقه) أى العبد قبل اطلاعه على العيب فكذلك يرجع بالنقصان لامتناع الرد حكما وكذلك لو دبره أو استولد الجارية والمراد من الاعتاق أن يوجد منه قبل العلم بالعيب وان أعتقه بعد العلم به لا يرجع بالنقصان لان أقدامه عليه دلالة الرضا والقياس أن لا يرجع به وان كان قبل العلم به وهو قول الشافعى كالقتل (ولو) أعتقه (على مال) لم يرجع بشئ لانه حبس بدله وعن أبى حنيفة أنه يرجع والكتابة مثل الاعتاق على مال (أو قتله) أى أو قتل العبد بعد اطلاعه على عيب فكذلك لم يرجع لان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وعن أبى يوسف أنه يرجع بالنقصان لان قتله لا يتعلق به حكم بخلاف امتناع الرد بفعله فى نحو صبغ الثوب لان هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع والعين قائم على حاله (أو كان) المبيع (طعاما فأكله) بعد اطلاعه على العيب فكذلك لا يرجع بشئ عند أبى حنيفة للتعذر وقالا يرجع بالنقصان كالموت وبه قالت الثلاثة (أو) كان المبيع طعاما فأكل (بعضه) فكذلك لا يرجع بشئ عند أبى حنيفة ولا يرد ما بقى منه وقالا يرجع بالنقصان فيما أكل ثم قال أبو يوسف يرد ما بقى ان رضى البائع لان استحقاق الرد فى البعض دون الكل فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد الباقى مطلقا لان رده ممكن حيث لا يضره التبعيض ويرجع بالنقصان فيما أكله لتعذر رده وقوله (لم يرجع) المشترى على البائع (بشئ) جواب المسائل الاربعة (ولو اشترى) شخص (بيضا وقثاء أو جوزا) أو لوزا أو فستقا أو بندقا ونحو ذلك (ووجده فاسدا ينتفع به) بأن كان القثاء فيه لب يأكله بعض الفقراء ويصلح

للعلف أو كان بعض لب الجوز ونحوه يؤكل وأما البيض فلا يتصور فيه ذلك لان قشره لاقيمة له الا في بيض النعامة فان المطلوب فيه قشره ففي مثل هذا (رجع بنقصان العيب) لان الكسر عيب حادث الا اذا رضى به البائع وقال الشافعي اذا كسر مقدارما لابد له منه للعلم بالعيب يرده لان البائع سلطه عليه قلنا رضى بكسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما (والا) أى وان لم ينتفع به بأن وجد البيض مذرة والقثاء مرة والجوز ونحوه خاليا أو منتنا (رجع (بكل الثمن) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا وهذا يستقيم كما ذكرنا في البيض لانه لاقيمة لقشره الا بيض النعامة لان ماليته باعتبار القشر وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة وأما اذا كان لقشره قيمة بأن كان في موضع يوقد فيه قشره كما في مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لانه مال متقوم وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن هذا اذا ذاقه وتركه فان تناول منه شيأ بعدما ذاقه فلا يرجع عليه بشئ وهذا أيضا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرده ولا يرجع بالنقصان وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد والاثنين من كل مائة فليس له أن يخاصم البائع بسببه وان كان أكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل البيع باطل عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه وقيل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والاول أصح وفي فتاوى الولوالجي لو اشترى القرعة فوجدها مرة بعد الكسر له أن يرجع بجميع الثمن قليلا كان أو كثيرا لانه لاقيمة لها بعد الكسر (ولو باع) المشترى (المبيع) الذى اشتراه (فرد) المشترى منه (عليه) أى على المشترى الاول (بعيب) أى بسبب عيب (بقضاء) القاضى (رده) أى رد المشترى الاول المبيع المعيب (على بائعه) لان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كأنه لم يبعه (ولو) كان الرد (برضا) أى بالتراضى من غير قضاء القاضى (لا) يرده على بائعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرد للتيقن به عند البائع الاول والاصح أنه لا يرد عليه في الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله أن يرده على بائعه وان كان بالتراضى في غير العقار لان بيع غير العقار قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل وفي العقار اختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة والاظهر انه بيع جديد في حق البائع الاول وعند محمد فسخ وعند ابي يوسف بيع في حق الكل ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى ببينة أو باقرار أو بنكول وقال محمد لا يرد على بائعه ان رد عليه ببينة لانه أنكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على أنه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فيبطل اقراره وقال زفر لا يرده على بائعه اذا كان القضاء باقرار أو نكول (ولو قبض المشترى المبيع وادعى عيبا) فيه (لم يجبر) المشترى (على دفع الثمن) الى البائع لاحتمال أن يكون صادقا في دعواه (ولكن) المشترى (يبرهن) أى يقيم البينة لاثبات العيب بأنه وجد بالمبيع عنده أي عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له أن يرده بالعيب وان كان به عند البائع لاحتمال انه زال فاذا برهن أنه وجد عنده يحتاج أن يبرهن أيضا ان هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال انه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا ثبت انه كان فيه عند البائع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البائع

(أو يحلف بائعه) اذا لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده وقيامه في الحال على قولهما لانه لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما واختلفوا على قول أبي حنيفة فقيل يحلف وقيل لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما في الحدود والاشياء الستة (فان قال) المشتري (شهودي بالشأم دفع) الثمن (ان حلف بائعه) لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس فيه كثير ضرر على المشتري لانه على حجته متى أقامها رد عليه المبيع وأخذ منه الثمن وان نكل البائع لزم العيب لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون فيها حجة ولهذا لم يحلف فيها (فان ادعى) المشتري (اباقا) أي اباق العبد الذي اشتراه فانكر البائع وأراد المشتري تحليفه (لم يحلف بائعه) أي بائع العبد (حتى يبرهن) أي يقيم البينة (المشتري أنه) أي ان العبد (أبق عنده) أي عند نفسه (فان برهن) أي المشتري أي أقام بينة (حلف) البائع حينئذ لان البائع لم ينتصب خصما حتى يثبت المشتري ان العيب وجد فيه عند المشتري عند أبي حنيفة وعندهما يحلف وقد مر آنفا ثم كيفية التحليف أن يحلف (بالله ما أبق عندك قط) والاحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب ولو كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير يزول بالبلوغ ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب هذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف أهي حادثة عند المشتري أم لا وأما العيوب التي لا يحدث مثلها عند المشتري كالاصبع الزائدة أو الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضا المشتري به وأثبته بطريقه . فالحاصل ان العيوب أنواع الاول أن يكون ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فمعرفته اذا انكر البائع بقولهم فيقبل في قيام العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البائع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيوب لا يعرفها الا النساء كالرتق والعفل فيقبل في قيامه للحال قول امرأة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البائع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند أبي يوسف يرد بقولهن من غير يمين البائع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص بمعرفتها الا الاطباء ولا النساء كالاباق ونحوه فحكمه ما ذكرناه (والقول في قدر المقبوض) من المبيع (للقابض) لانه هو المنكر حتى اذا رد المشتري جارية بعيب أو عبدا بعد القبض فقال البائع كنت بعتك معه غيره وقال المشتري بعتنيه وحده فالقول قول المشتري كما ذكرنا (ولو اشترى) شخص (عبدين صفقة) يعني في عقد واحد (فقبض أحدهما) أي أحد العبدين (ووجد بأحدهما عيبا) فهو مخير ان شاء (أخذهما) أي العبدين جميعا (أو ردهما) جميعا وليس له أن يرد المعيب وحده لان فيه تفريق الصفقة قبل التمام وعن أبي يوسف أنه اذا وجد العيب بالمقبوض له أن يرده وحده لان

الصفقة فيه تمت لتناهيها في حقه ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا ردّ المعيب وحده خلافا لزفر فعنده ليس له أن يردّه وحده لانّ فيه تفريق الصفقة قلنا انه تفريق الصفقة بعد التمام فلا يمنع من الرد وحده (ولو وجد) المشترى (ببعض الكيلى) مثل البر والشعير (أو الوزنى) مثل الزيت ونحوه (عيبا رده كله أو أخذه) أى أو أخذ كله بعيبه لانه كالشئ الواحد فليس له أن يأخذ البعض سواء كان قبل القبض أو بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين ولا فرق بين ما اذا كان فى وعاء واحد أو فى وعائين وقيل اذا كان فى وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يردّ الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده (ولو استحق بعضه) أى بعض الكيلى أو بعض الوزنى (لم يخير) المشترى (فى ردّ ما بقى) لانّ الشركة فيه لا تعدّ عيبا لانّ التبعيض لا يضرهما (ولو) كان الذى استحق بعضه (ثوبا خير) المشترى فى ردّ ما بقى لان التبعيض فيه عيب هذا اذا كان بعد القبض أمّا اذا استحق بعض الكيلى أو الوزنى قبل القبض فله ان يردّ ما بقى لتفرّق الصفقة على المشترى قبل التمام (واللبس) أى لبس الثوب بعد اطلاعه على العيب (والركوب) أى ركوب الدابة بعده (والمداواة) أى التداوى بالمبيع بعد اطلاعه على العيب او مداواة المبيع بأن كان عبدا فسقاه دواء (رضا بالعيب) لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فانّ اللبس ونحوه ليس فيه دليل اختياره الملك فيه (لا) يكون (الركوب للسقى) اى لسقى الدابة من الحوض أو النهر ونحوهما (اوللردّ) أى أو لاجل ردّها على صاحبها (أو لشراء العلف) لها رضا بالعيب استحسانا للاحتياج اليه وقيل تاويله اذا لم يكن له من الركوب بدّ بان كان العلف فى عدل واحد أو لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للردّ لا يكون رضا كيفما كان ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة وفى الخلاصة لو حمل علف دابة أخرى ركبها أو لم يركبها فهو رضا (ولو قطع) يد العبد المشترى (المقبوض) بيد المشترى (بسبب) كان (عند البائع) ولم يعلم المشترى ذلك (ردّه) المشترى عند أبى حنيفة على البائع (واستردّ الثمن) منه وعندهما ليس له أن يردّه لحدوث العيب عنده وهو القطع فيرجع بالنقصان وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وله انّ سبب الوجوب وجد عند البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيكون مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الردّ بجناية وجدت فى يد الغاصب وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان وجد فى يد البائع من قتل نفس أو قطع طريق أو ردّة ولو مات بعد القطع حتف أنفه يجب أن يرجع بنصف الثمن عنده لانه كالاستحقاق عنده ولو سرق عند البائع ثم عند المشترى فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما وعنده لا يردّه بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع الثمن لانّ اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب كان فى يد البائع وان رضى البائع باخذه يرجع بثلاثة أرباع الثمن ويسقط الربع ولو تداولته الايدى فقطع عند الآخر أو قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض عند أبى حنيفة وعندهما يرجع الاخير على بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه (ولو برئ) البائع (من كل عيب) بأن باع عبدا واشترط أنه برئ من كل عيب فيه (صح) البيع عندنا بهذا الشرط (وان لم يسم الكل) أى جميع العيوب وقال الشافعى لا يصح الا أن يعدّد العيوب كلها

وفى جواز البيع بهذا الشرط له قولان لان الابراء عن الحقوق المجهولة لايصح عنده لان فى الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولايصح تعليقه بالشرط وتمليك المجهول لايصح كبيعه وبه قال أحمد ونحن نقول هذه الجهالة لاتفضى الى المنازعة فلاتمنع الصحة وعند زفر البيع جائز والشرط فاسد اذا كان مجهولا حتى اذا ذكر العيوب وعددها صحت البراءة عنها ثم قال أبو يوسف يدخل فى الابراء الموجود من العيب والحادث منه قبل القبض لان غرض البائع الزام المشترى بالعقد ولايتم اللزوم الا بأن يعم الحادث والموجود وقال محمد لايدخل الحادث لان البراءة انما تكون عما هو ثابت فتختص بالموجود وبه قال مالك ولو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث فى قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة (ولا يرد) المشترى بعد ذلك (بعيب) أصلا سواء كان موجودا أو حادثا قبل القبض خلافا لمحمد كما ذكرناه وفى الخلاصة ولو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب والادواء فان تبرأ من كل داء كان على المرض ولايدخل فيه الكى والاصبع الزائدة ولا أثر قرح قد برأ وعن أبى حنيفة الداء هو المرض الذى فى الجوف من طحال أو كبد أو نحو ذلك وفيها أيضا رجل باع عبدا أو جارية وقال انا برىء من كل داء ولم يقل من كل عيب فانه لايبرأ عن العيوب لان الداء يدخل فى العيوب أما العيب فلايدخل فى الداء وفيها أيضا لو قال لمشترى الجارية برئت اليك من كل عيب بعينها فاذا هى عوراء لايبرأ وكذا لو قال برئت اليك من كل عيب بيدها وهى مقطوعة اليد لان البراءة عن عيب اليد والعين تكون حال قيام اليد والعين لاحال عدمهما والله تعالى أعلم

(هذا باب) فى بيان أحكام (البيع الفاسد)

البيع على أربعة أقسام صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه كبيع ثوب وعبد بأحد النقدين ونحوهما ويفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع أصلا كبيع الخمر والخنزير والحر والميتة والدم وفاسد وهى مشروع بأصله دون وصفه كبيع ثوب بخمر والبيع بشرط لايقتضيه العقد وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض والفاسد أعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولاينعكس وهذا لان الباطل مضمحل الاصل والوصف جميعا والفاسد مضمحل الوصف دون الاصل كالجوهر اذا تغير واصفر يقال فسد وان لم يبق صالحا الشئ يقال بطل وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير (لم يجز بيع الميتة و) بيع (الدم و) بيع (الخنزير و) بيع (الخمر و) بيع (الحر و) بيع (أم الولد و) بيع (المدبر) المطلق خلافا للشافعى ومالك وأحمد والمقيد يجوز بيعه اجماعا (و) بيع (المكاتب) سواء رضى أم لا وفى رواية ان رضى يجوز وهو الاظهر وانما لم يجز بيع هذه الاشياء لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وهذه البيوع كلها باطلة وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط وجعله البزدوى كالميتة لانه جزؤها وكذا البيع بالبول باطل لا اعتبار له وكذا بيع المحرم الصيد لان صيد البر حرام عليه كالميتة فيكون بيعه باطلا (فلو هلكوا) أى الحر وأم الولد والمدبر والمكاتب (عند المشترى لم يضمن) شيأ لان العقد فى الباطل غير معتبر فبقى القبض باذن المالك وقيل يضمن فى المدبر وأم الولد لانه لايكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول

هو قول أبي حنيفة والثاني قولهما وفي الايضاح اذا كان أحد البدلين مدبرا أو مكاتبا أو أم ولد ملك بالقبض وجعل صاحب الهداية وغيره بيع هؤلاء من الباطل والصواب ما قاله صاحب الايضاح لان الملك قائم بالمحل وانما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله حتى لا يبطل العقد فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو كان كالحر لبطل ويؤول ما قاله صاحب الهداية على انه باطل في حق نفسه لا في حق ما يقابله * ثم اعلم ان قيمة المدبر ماذا فيه اختلاف المشايخ قال في الفتاوى الصغرى قال بعضهم تمام قيمة القن وهذا غير سديد وذكر الشيخ الامام القاضي علي السغدي في فوائده قيمته ثلثا قيمة القن وقيمة أم الولد ثلث قيمة القن وذكر خواهر زاده في شرح كتاب الدعوى في قيمة المدبر اختلاف المشايخ قال بعضهم نصف قيمة القن وهكذا في فتاوى الفقيه أبي الليث وبه يفتى وبعضهم قالوا قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن وما قاله خواهر زاده هو الاصح وعليه الفتوى (و) لم يجز أيضا بيع (السمك قبل الصيد) أي قبل الاصطياد لما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر رواه أحمد ومسلم وأبو داود ثم هو على نوعين اما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فالاول لا يجوز لما قلنا والثاني ان ألقاه في الحظيرة وكانت كبيرة بحيث لا يمكن أخذه الا بحيلة لا يجوز أيضا وان كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز لانه باع ما يملكه وهو مقدور التسليم ويثبت للمشتري خيار الرؤية ولا يعتد برؤيته في الماء فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء أمكنه الاخذ بحيلة أو بغيرها (و) لم يجز أيضا بيع (الطير في الهواء) لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده غير مقدور التسليم هذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن أخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيدا من قبل أخذه لا يجوز وبعده يجوز ان كان في يده أو محبوسا في مكان يمكن أخذه من غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو اجتمع في أرضه الصيد فباعه من غير أخذه لا يجوز لانه لا يملكه ولهذا لو باض فيها صيد أو تكنس ظبي يكون لمن أخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان العسل قائم بأرضه على وجه القرار كالاشجار هذا اذا لم يهيئ أرضه لذلك فان هيأها بان حفر فيها بئرا للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيها صيد أو تعلق به ملكه ألا ترى أنه لو وضع طشتا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه وكذا لو بسط ذيله للنثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه (و) لم يجز أيضا بيع (الحمل) وهو ما كان في البطن (و) لا بيع (النتاج) وهو ما يحمله هذا الحمل لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم وأحمد وأبو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص رواه أحمد والترمذي وابن ماجه (و) لم يجز أيضا بيع (اللبن في الضرع) لما روينا ويجوز عند مالك اذا كان أياما معلومة لو عرف قدر حلابها (و) لم يجز أيضا بيع (اللؤلؤ في الصدف) لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام ألا ترى أنه مجهول ولا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف وعن أبي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قلنا

قوله ولم يجز أيضا بيع اللؤلؤ في الصدف هذا المتن وشرحه ساقط من خط المؤلف نص عليه الشيخ الشهداوي وهي من الزيلعي اه من بعض الهوامش

هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب فى غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض (و) لم يجز أيضا بيع (الصوف على ظهر الغنم) لما روينا أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يباع ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر الغنم أو لبن فى ضرع أو سمن فى لبن رواه الدارقطنى وعن أبى يوسف أنه يجوز بيعه لانه مقدور التسليم فى الحال وبه قال مالك وفى الفتاوى الصغرى بيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لانه ينمو من أسفله أما بيع قوائم الخلاف فالقياس أن لا يجوز ولكن جاز لتعامل الناس فيه ولان النمو من أعلاه لا من أسفله فلا يتمكن الغرر وبيع الكراث يجوز وان كان ينمو من أسفله للتعامل وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل يقول الصحيح ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول (و) لم يجز أيضا بيع (الجذع فى السقف) وهى القطعة من النخل أو غيره يوضع عليه الاخشاب لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلحقه سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكره ولو قلعه البائع وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشترى البيع لزوال المانع بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وسلمه حيث لا يعود صحيحا وبخلاف ما اذا باع بزرا فى بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم بخلاف الحبوب فى غلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا يسمى به فيقال هذا باقلا وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر وفى فتاوى الولوالجى رجل باع النواة فى التمر فالبيع فاسد لانه لا يمكن نزعها الا بضرر وأما اذا باع حب هذا القطن فالبيع جائز وكذا اختار الفقيه أبو الليث لانه لا ضرر فى نزعه (و) لم يجز أيضا بيع (ذراع من ثوب) لان التبعيض يضره ولو قطعه وسلمه جاز وهذا فى ثوب يضره القطع كالمهيأ للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة (و) لم يجز أيضا بيع (ضربة القانص) بالقاف والنون وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة وهو من القنص يقال قنص يقنص قنصا اذا صاد وروى فى تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص بالغين المعجمة والياء آخر الحروف بعد الالف وهو غوص الصائد فى الماء أو غوص الرجل فى البحر لاجل اللؤلؤ لما روينا (و) لم يجز أيضا بيع (المزابنة) وهو بيع الثمر على رأس النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا الحديث أنس رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخارى والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل أن تنتهى وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعى تجوز المزابنة فيما دون خمسة أوسق لما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المزابنة بيع الثمر بالتمر الا أصحاب العرايا فانه قد أذن لهم رواه البخارى والترمذى وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه وبه قال أحمد وللشافعى قولان فى الخمسة وفى الزائد يبطل قولا واحدا ولنا ما روينا ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيرها أن يهب رجل ثمرة نخلة من بستانه ثم يشق على المعرى دخول المعرى له فى بستانه كل ساعة ولا يرضى أن يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه قدره مجذوذا بالخرص بدله وهو جائز عندنا وسمى ذلك بيعا مجازا لانه فى الصورة عوض ما أعطاه أولا فكأنه اتفق فى الواقعة خمسة أوسق أو دونه فظن الراوى أن الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب ويحتمل

ان

أن الراوى ظن أنه بيع (و) لم يجز أيضا بيع (الملامسة) لما روينا وهى من بيوع الجاهلية كان الرجلان يتساومان سلعة فاذا لمسها المشترى أو نبذها اليه البائع أو وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثانى بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عنها وفى المنتقى عن أبى حنيفة هى أن يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع أو يقول المشترى كذلك (و) لم يجز أيضا بيع (القاء الحجر) لما ذكرنا وفى المنتقى القاء الحجر أن يقول المشترى أو البائع اذا ألقيت الحجر وجب البيع (و) لم يجز أيضا بيع (ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بأن اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز لما بينا (و) لم يجز أيضا بيع (المراعى) وهو جمع مرعى الدواب والمراد به بيع الكلا الذى فيها دون رقبة الارض لان بيع الارض جائز واجارتها جائزة اذا كان مالكا لها (و) لا يجوز (اجارتها) أى اجارة المراعى أيضا وانما لم يجز البيع والاجارة فيها لان الكلا ليس مملوكا له اذ لا يملكه بنباته فى أرضه ما لم يحرزه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلا والنار رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحرزه والحيلة فيه أن يستأجر الارض لايقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الاجرة فيحصل غرضهما به هذا اذا نبت الحشيش بنفسه وان أنبته صاحب الارض بأن سقاها أو حدق حولها وهيأها للانبات ملكه وجاز بيعه ويدخل فى الكلا جميع أنواع ما ترعاه المواشى رطبا كان أو يابسا بخلاف الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت فى أرضه لانه يملكها بالنبات فيه والكمأة كالكلا وفى الغاية لا يجوز اجارة القصيل لرعى دوابه كما لا يجوز أن يستأجر بقرة لشرب لبنها وفى فتاوى الولوالجى رجل باع الزرع وهو قصيل فهذا على ثلاثة أوجه ان باعه على أن يقطعه المشترى أو يرسل دابته فتأكله جاز لانه شرط ما يقتضيه العقد وان باع على ان يترك لا يجوز لانه شرط ما لا يقتضيه العقد وكذلك لو اشترى رطبة على هذه الوجوه الثلاثة (و) لم يجز أيضا بيع (النحل) وهو دود العسل عندهما وعند محمد يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه معتاد فيجوز للحاجة وبه قالت الثلاثة وبه يفتى وقال صاحب المجمع يجوز بيع النحل تبعا للكوارات عندهما وعند محمد يجوز مطلقا وقال الكرخى فى مختصره ولا يجوز بيع النحل عند أبى حنيفة وأبى يوسف فان كان فى كواراتها عسل فاشترى الكوارات بما فيها جاز (و) يباع (دود القز وبيضه) أى يجوز بيعهما عند محمد والثلاثة وعند أبى حنيفة لا يجوز بيعهما وأبو يوسف معه فى الدود ومع محمد فى بيضه وقيل فيه أيضا معه والفتوى على قول محمد ولذلك نص عليه الشيخ بالجواز وقال الكرخى فى مختصره وأجاز محمد بيع النحل اذا كان مجموعا وكذلك دود القز يجوز بيعه والسلم فيه كيلا اذا كان فى وقته وجعل أجله فى وقته وكان محمد يضمن من قتل دود القز وروى عن أبى حنيفة انه لا يضمن من قتله وقال الكرخى وأجمعوا ان بيع هوام الارض لا يجوز كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الارض كلها وقالوا لا يجوز بيع شئ فى البحر من الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك الا السمك وفى الاجناس قال محمد بن الحسن اذا كانت الدود من واحد وورق التوت منه والعمل من آخر على ان يكون القز بينهما نصفين

أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذلك لو كان العمل منهما لا يجوز وانما يجوز اذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما نصفان وأما اذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز وفى فتاوى الولوالجى امرأة اعطت بذر القز وهو بذر الفيلق بالنصف امرأة فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحب البذر قيمة الاوراق وأجرة مثلها وعلى هذا اذا دفع البقرة الى انسان بالعلف ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر المثل وكذلك اذا دفع الدجاجة لتكون البيضة بالنصف (والآبق) بالجر عطف على ماقبل دود القز أى ولم يجز أيضا بيع العبد الآبق لما روينا بخلاف العبد المرسل لحاجته لوجود القدرة على تسليمه (الا أن يبيعه) أى الآبق (ممن يزعم) البائع (أنه) أى ان الآبق (عنده) لان النهى ورد فى الآبق المطلق وهو أن يكون آبقا عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق فى حق المشترى اذ هو فى يده فلا يتناوله النص المطلق ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان فى يده اذا كان أشهد عند الاخذ أنه يأخذه ليرده على صاحبه لانه أمانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبضه مضمون على المشترى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد خلافا لابى يوسف فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه آبق عندهما ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا بخلاف ما اذا باعه ثم أبق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز وعن أبى حنيفة أنه يعود صحيحا ولو أعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته فى وقت العتق أجزأ عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير أو ليتيم فى حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما بقى من اليد يكفى فى الهبة دون البيع (و) لم يجز أيضا بيع (لبن امرأة) اذا كان فى وعاء سواء كان من حرة أو أمة وقال الشافعى يجوز لانه مشروب طاهر قلنا انه جزء آدمى مكرم وفى البيع اهانته فلا يجوز وعن أبى يوسف أنه يجوز بيع لبن الامة تبعا لها وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها الا انه لما جازت الاجارة ثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته الا ترى ان رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس بمال وذكر فى اجارة العيون لو أن رجلا استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا فانه لا يجوز لان اللبن له قيمة (و) لم يجز أيضا بيع (شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر (وينتفع به) أى بشعر الخنزير (للخرز) للاساكفة لان خرز النعال والاخفاف لا يتأتى الا به فكان فيه ضرورة وعن أبى يوسف انه يكره لانه يتأتى بغيره ثم لا حاجة الى شرائه لانه يوجد مباح الاصل وقال الفقيه أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغى ان يجوز لهم الشراء للضرورة وأما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع ولا بأس للاساكفة أن يصلوا مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ولو وقع فى الماء القليل أفسده عند أبى يوسف خلافا لمحمد (و) لم يجز أيضا بيع (شعر الانسان و) لا (الانتفاع به) لانه جزء آدمى مكرم وعن محمد جواز الانتفاع به (و) لم يجز أيضا بيع (جلد الميتة قبل الدبغ)

لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها رواه أبو داود وغيره (وبعده) أى بعد الدبغ (يباع) لانه طهر بالدبغ خلافا لمالك وأحمد (وينتفع به) أى بجلد الميتة بعد الدبغ خلافا لمالك وعنه يجوز استعماله فى الجامد دون المائع (كعظم الميتة) أى كما يجوز بيع عظم الميتة (وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها) ويجوز الانتفاع بها أيضا لان الحياة لا تحلها وعند الشافعى لا يجوز بيعها ولا الانتفاع بها لانها نجسة لانها من أجزاء الميتة وبه قال أحمد فى رواية وعند مالك عظم الميتة نجس دون شعرها وكذلك يجوز عندنا بيع جلد الكلب مدبوغا خلافا للشافعى والحسن ويجوز أيضا بيع عظم الفيل عندهما خلافا لمحمد فانه نجس العين عنده وعندهما كالسباع وقال الكرخى فى مختصره وأما الفيل فاجمعوا على جواز بيعه ولم يذكر الخلاف وقال البخارى فى جامعه وقال ابن سيرين وابراهيم لا بأس بتجارة العاج وفى العيون روى ابراهيم بن رستم عن محمد فى امرأة صلت وفى عنقها قلادة فيها سن كلب أو أسد أو ثعلب فصلاتها تامة لانه يقع عليها الذكاة (و) لم يجز أيضا بيع (علو سقط) لان له حق التعلى لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب حيث يصح بيعه تبعا باتفاق الروايات ومقصودا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل أرضه ضمن قيمته وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته (و) لم يجز أيضا بيع (أمة تبين انه عبد وكذا عكسه) صورته اشترى أو باع شخصا على انه أمة فتبين انه عبد أو على انه عبد فتبين انه أمة لم يجز البيع استحسانا والقياس انه يجوز وهو قول زفر لانه اختلاف الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف فى الحيوان وهو يوجب الخيار لا الفساد كما فى البهائم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا هو نعجة أو بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه وجه الاستحسان أن الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت فى المقاصد فلا يصح البيع بخلاف البهائم وذكر الكرخى فى مختصره ولو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج أو باع ثوبا على انه خز فاذا هو مرعزى فالبيع باطل (و) لم يجز أيضا (شراء ما باع بالاقل) أى باقل من الثمن الاول (قبل النقد) أى قبل ان يقبض البائع الثمن وقال الشافعى يجوز كما لو اشتراه بثوب قيمته أقل مما باعه ولنا انهما اصطلحا على أن ماليته مقدرة بثمن معين بعشرة مثلا فاذا اشتراه باقل منه مع بقاء هذا التقدير فقد اشترى ما لا مقدرا بعشرة بتسعة فيكون ربا وان اشتراه بمثل الثمن الاول أو بالزيادة يجوز اجماعا وكذا لو اشتراه بالاقل بعد نقد الثمن يجوز اجماعا ولو اشتراه من لا تجوز شهادته له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه وقال أبو يوسف ومحمد يجوز فى غير العبد والمكاتب ولو اشترى ما بيع له بأن باع وكيله لم يجز أيضا لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فانه يجوز وعن أبى يوسف انه لا يجوز ثم الشرط أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه لانه لو باعه المشترى أو وهبه لرجل أو أوصى لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز والشرط أيضا ان

يكون الثمنان متحدين جنسا الا انه اذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثانى أقل والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الأول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر رحمه الله وفى الغاية ويجوز الشراء بالاقل اذا تعيب عند المشترى لان ما بقى من الثمن يكون بازاء ما فات من المبيع بسبب العيب (وصح) البيع (فيما ضم اليه) أى الى المشترى بفتح الراء بأن اشترى مثلا جارية بألف ثم باعها وأخرى معها بألف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع فى التى لم يشترها من البائع ويفسد فى الاخرى لانه لابد أن يجعل الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضى بجوازه صح (وزيت) بالجر عطف على ما لا يجوز من البيوع أى ولم يجز أيضا بيع زيت (على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه) أى عن الزيت (مكان كل ظرف خمسين رطلا) لانه شرط لا يقتضيه العقد (وصح) البيع (لو شرط) المشترى (ان يطرح عنه) أى عن الزيت (بوزن الظرف) لان هذا شرط يقتضيه العقد لان مقتضاه ان يخرج عنه وزن الظرف (وان اختلفا) أى المتبايعان (فى) وزن (الزق) بأن اشترى سمنا مثلا فى زق فرد المشترى الزق وهو عشرة ارطال مثلا فقال البائع الزق غير هذا وهو كان خمسة ارطال (فالقول للمشترى) لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وفى الاصل القول قول المشترى مع يمينه وعلى البائع البينة (ولو أمر) مسلم (ذميا بشراء خمر أو بيعها) أى أو أمره ببيع خمر (صح) هذا الامر عند أبى حنيفة وقالا لا يصح لان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل فى هذا التصرف فكذا وكيله كمسلم وكل مجوسيا بأن يزوجه مجوسية حيث لا يجوز اجماعا وله ان الوكيل أهل لنفس التصرف والموكل لحكمه الا ترى أنه يملك الخمر والخنزير بالارث بان كان لذمى فاسلم فمات قبل أن يسيب الخنزير ويخلل الخمر يرثه ورثته المسلمون وكذا لو تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسى لانه سفير ومعبر فيه فيكون مضافا الى الموكل ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه وفى التوكيل بشراء الخمر يملكها حكما فيخللها وان كان خنزيرا يسيبه وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع صيده (وامة) بالجر عطف على ما لا يجوز من البيوع فيما مضى أى ولم يجز أيضا بيع أمة (على ان يعتق المشترى) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع وشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم وقال الشافعى يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة وهو قول مالك وأحمد لان البيع يقتضى ملك الاعتاق قلنا لا نسلم بل يقتضى اطلاق أى تصرف كان لا تصرفا معينا ولو أعتقه المشترى جاز استحسانا عند أبى حنيفة ويجب عليه الثمن وقالا تجب عليه القيمة وهو القياس (او) على أن (يدبر) المشترى (او) على أن (يكاتب او) على أن (يستولد) الامة لما روينا وعند الثلاثة صح فى الكل الا فى قول للشافعى وأحمد فى رواية (او أن يبيع أمة (الا حملها) فكذلك فسد البيع لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه ثم استثناء الحمل فى العقود على ثلاث مراتب الاول يفسد فيه العقد والاستثناء كالبيع والاجارة والكتابة والرهن الثانى العقد فيه جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح

والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعاً للام في هذه العقود ويصير هو حيث صارت هي الثالث يجوز فيه العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو أوصى بجاريته لانسان الا حملها صح وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيه فكذا الوصية (أو) باع عبداً مثلا على ان (يستخدم البائع شهراً أو) باع (داراً على ان يسكن) البائع فيه شهراً مثلا أو باع شيأ على أن (يقرض المشتري) للبائع (درهماً أو) على ان (يهدي له) هدية (أو) باع شيأ على ان (لا يسلم) البائع المبيع (الى كذا) الى شهر مثلا أو شهرين لان هذه الشروط كلها لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد (و) لم يجز أيضا بيع (ثوب على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا) لما ذكرنا (وصح بيع نعل) وأراد به الصرم وهو تسمية الشئ باسم مايؤول اليه (على ان يحذوه) البائع من حذوت النعل بالنعل اذا قدرت كل واحدة على صاحبتها (و) أن (يشركه) البائع من التشريك وهو وضع الشراك على النعل وهو السير الذي على ظهر القدم وقال زفر لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان تعامل الناس به من غير نكير ولهذا جوز الاستصناع واستئجار الصباغ والظئر والحمام وان كان اجارة على استهلاك الاعيان (لا) يصح (البيع الى النيروز والمهرجان) وهما معربان والاصل نوروز ومهركان والاول يوم في طرف الربيع والثاني يوم في طرف الخريف وقال في زيج كوشيار النيروز أول يوم من فروردين ماه والمهرجان هو اليوم السادس عشر من مهرماه وقال أبو الريحان في تفهيمه في ذلك اليوم ظفر افريدون بالضحاك وحكى عن أبي حفص الكبير رحمه الله قال لو ان رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز فاهدى الى بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر بالله وأحبط عمله خمسين سنة كذا في الغاية (وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك) لان هذه الآجال مجهولة فتفضي الى المنازعة حتى اذا علم المتعاقدان ذلك جاز وقيل اذا باع الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة (و) لا يصح ايضا (الى قدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها وهو قطع الزرع وقرئ بهما قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده (والدياسة) وهو دوس الزرع في البيدر بوطء الدواب (والقطاف) وهو قطع العنب من الكرم وكذا لا يجوز الى الجزاز وهو جز الصوف والى الجداد بالجيم والذال المعجمة وهو قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات المذكورة (صح) التكفيل لان هذه جهالة يسيرة فتحتمل في الكفالة لكونها تبرعا بخلاف البيع لانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة والمضايقة بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح ونحوه فانه لا يصح (وان أسقط الاجل) المضروب الى هذه الاوقات (قبل حلوله) بأن أسقطاه قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج (صح) البيع وقال زفر لا يصح لانه وقع فاسدا فلا ينقلب صحيحا وبه قالت الثلاثة ولنا ان سبب الفساد قد ارتفع بالاسقاط فعاد جائزا وانما قال أسقط على بناء المجهول لان في لفظ القدوري فان تراضيا على اسقاطهما يوهم ان التراضي شرط وليس كذلك فان المشتري اذا أسقطه قبل ذلك جاز ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تأجيل الدين والجهالة في تأجيل الدين محتملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت في العقد لان الجهالة مقارنة له فيفسد وفي الخلاصة

ولو باع الى هبوب الريح أو الى أن تمطر السماء لم يصح وان أبطل الاجل لم ينقلب جائزا (ومن جمع
بين حر وعبد) فى البيع (او) جمع فيه بين (شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) أى فى الحر والعبد
أو فى الشاة الذكية والميتة عند أبى حنيفة وان (فصل الثمن) أى ثمن كل واحد منهما (اولا) أى
أو لم يفصل وقالا يصح فى العبد والذكية ويبطل فى الحر والميتة ان فصل لان الصفقة متعددة
لتفصيل الثمن فلا يسرى الفساد من احداهما الى الاخرى وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى
رواية وله أن العقد عليهما صفقة واحدة بدليل أنه لا يملك القبول فى احداهما دون الاخرى
فيبطل العقد فى الجميع كما اذا أطلق الثمن لانه جعل قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا
لصحة العقد فيما يصح فيه العقد فكان شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد (وان جمع)
فى البيع (بين عبد ومدبر او) جمع (بين عبده وعبد غيره او) جمع (بين ملك ووقف صح) البيع (فى
القن) أى فى العبد فيما اذا جمع بين عبده ومدبره (و) صح أيضا فى (عبده) فيما اذا جمع بين عبده
وعبد غيره (و) صح أيضا فى (الملك) فيما اذا جمع بين ملك ووقف وقال زفر لا يصح فى الكل كما لو باع
حرا وعبدا صفقة واحدة ولنا أنه باعهما بمسمى معلوم فانعقد عليهما جملة واحدة فينفذ فى القن
والملك بالحصة ويتوقف فى المدبر على قضاء القاضى وفى عبد الغير على اجازة مولاه وأما فى الملك
والوقف فروايتان فى رواية يفسد فى الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف فصار كما لو جمع بين
حر وعبد ذكره الفقيه أبو الليث فى نوازله والاصح أنه يجوز فى الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع
به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه
كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما يضم اليه لانه ليس بمال فصار كالحر ولو باع
قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وكذا على الخلاف اذا جمع بين عبد ومكاتب
أو بين عبد وأم ولد لان القاضى اذا قضى بجواز بيع أم الولد ينفذ وفى المكاتب ينفذ برضاه فى
الاصح وفى الغاية اذا قضى القاضى بجواز بيع أم الولد فهل ينفذ أم لا وهذه المسألة كانت مختلفا
فيها فى الصدر الاول وكان عمر رضى الله تعالى عنه لا يجيز بيعها وكان على رضى الله عنه يجيز بيعها
ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعها فاذا قضى القاضى بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك
فى موضع الاجماع أو فى موضع الخلاف وذلك بناء على أن الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف
السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الاجماع وعندنا ينعقد هذا
الاجماع ويرتفع الخلاف السابق وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله وقد روى محمد بن
الحسن عنهم جميعا أن القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وفى فصول الاستروشنى وفى قضاء
القاضى بجواز بيع أم الولد روايات وأظهرها أنه لا ينفذ وفى قضاء الجامع أنه يتوقف على امضاء
قاض آخر ان أمضى ذلك القاضى نفذ وان أبطل بطل وهذا أوجه الاقاويل

*هذا (فصل) فى بيان أحكام تصرفات البائع والمشترى فى الثمن والمبيع وفيما يكره من
البيوع ومالا يكره (قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد) كالبيع بالخمر أو بشرط لا يقتضيه
العقد واحترز به عن البيع الباطل فانه لا يفيد الملك أصلا ولو بالقبض وقيد بقوله (بأمر
البائع) أى باذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك ولا بد له من اذن صريح بعد الافتراق وقبله فى
المجلس يكتفى بالدلالة والواو فى قوله (وكل من عوضيه) أى عوضى البيع وهما الثمن والمبيع

(مال)

(مال) للحال أى والحال أن كل واحد من العوضين مال ولو كان أحد العوضين غير مال كالحر والميتة والدم يكون البيع باطلا ولا يفيد الملك وان اتصل به القبض ويكون المبيع أمانة حتى لو هلك لاضمان على القابض وعند الثلاثة يضمن وهو رواية عن أصحابنا (ملك) المشترى (المبيع بقيمته) يوم القبض لانه به دخل فى ضمانه وعند محمد يعتبر قيمته يوم أتلف لانه به يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلا له صورة ومعنى وهذا على قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق لايملك العين وانما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه وقال الشافعى لايملك بالفاسد العين ولا التصرف وان قبضه لانه محظور ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولكنه فسد باعتبار وصفه فاذا ازال هذا الوصف ينعقد أصلا ووصفا (ولكل منهما) أى من المتبايعين فى البيع الفاسد (فسخه) أى فسخ البيع قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذى فيه الخيار فكان كل منهما بسبيل من فسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه وأما بعد القبض فان كان الفساد فى صلب العقد بأن كان راجعا الى احد البدلين كالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان بشرط زائد بأن باع الى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لاحدهما يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد وعندهما لكل منهما فسخه فيفسخه بعلم صاحبه فى الكل وعند أبى يوسف لايشترط علمه قال الشارح رحمه الله معنى قوله ولكل منهما على كل منهما لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها قلت لا يحتاج الى هذا التكليف وانما اللام على أصله لانه يبين ان لكل واحد منهما سبيلا من الفسخ لا ان واحدا منهما ينفرد به بدون علم الآخر وان لم يكن برضاه (الا ان يبيع المشترى) الذى اشتراه بالبيع الفاسد (او يهب) بأن كان عبدا مثلا فوهبه لشخص (او يحرر) بأن كان عبدا فأعتقه (او يبنى) المشترى بأن كان عقارا فبنى فيه فهذه التصرفات تمنع الفسخ لان المشترى ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع فى الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ أو لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع فى الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار والنكاح لايمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد ونظيرا البيع الكتابة والرهن لانهما لازمان الا أنه اذا عجز المكاتب أو فك الرهن يعود حق الاسترداد وكذا لو رجع فى الهبة عاد حق الاسترداد سواء كان بقضاء أو بغير قضاء وعلى أصل الثلاثة لا ينقطع حق الاسترداد بل يسترد البائع بهذه التصرفات وفى البناء خلاف أبى يوسف ومحمد فعندهما لا ينقطع حق الاسترداد بل يسترد البائع وينقض ما بناه المشترى لان حقه فى الاسترداد آكد من حق الشفيع وحقه لا يبطل مع ضعفه فهذا أولى ولابى حنيفة أن حق الاسترداد فى البيع الفاسد حق الشرع والبناء حق المشترى وحق العبد مقدم لحاجته والمشترى بنى بتسليط البائع فلا يكون له نقضه وعلى هذا الخلاف الغرس (وله) اى للمشترى (ان يمنع المبيع عن البائع) اذا تفاسخا

بعد قبض العوضين (حتى يؤخذ الثمن منه) أى من البائع لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا أرباب الديون والورثة وعلى هذا لو استأجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا أو اقترض قرضا فاسدا او أخذ به رهنا له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن وما أقرض حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا فان مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بما فى يده من المقبوض من سائر الغرماء (وطاب للبائع ما) أى الذى (ربح) فى البيع الفاسد (لا) يطيب (للمشترى) ما ربح فان كان المبيع من الاشياء التى تتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل منهما يطيب للبائع لان ما لا يتعين مثله يجب فى ذمته فلا يتمكن الخبث فيه بخلاف ما يتعين لان العقد يتعلق به فيتمكن الخبث فيه فيجب التصدق به هذا فى الخبث الذى يكون لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبى حنيفة ومحمد وهل يتعين ردّ المقبوض من الثمن بعينه فى البيع الفاسد أم لا قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض والاول أصح وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح من الثمن عندهما كما فى المغصوب (ولو ادّعى) شخص (على) شخص (آخر دراهم فقضاها) المدّعى عليه (اياه) أى المدّعى (ثم تصادقا) أى المدّعى والمدّعى عليه (انه) أى أن المدّعى عليه (لا شئ عليه) من تلك الدراهم التى ادّعى بها عليه (طاب له) أى للمدّعى الذى قبض الدراهم وربح فيها (ربحه) لان الخبث لفساد الملك لانه ملكه أوّلا بالتصادق ثم استحق به أنه لا شئ عليه (وكره النجش) بفتحتين ويروى بسكون الجيم وهو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يبيع حاضر لباد وان يتناجشوا رواه البخارى ومسلم وأحمد والتناجش أن يكون من اثنين (و) كره (السوم على سوم غيره) وهو أن يرضى المتعاقدان بالبيع ويستقر الثمن بينهما ولم يبق الا العقد فيزيد عليه ويبطل بيعه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم غيره رواه البخارى ومسلم وأحمد وانما يكره اذا جنح قلب البائع الى البيع بالثمن الذى سماه المشترى وأما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض به فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد لان هذا بيع من يزيد وقد قال أنس رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه أحمد والترمذى ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه وكذلك يكره النجش فيما اذا كان الراغب فى السلعة يطلبها بمثل ثمنها وأما اذا طلبها بدون ثمنها فلا بأس بأن يزيد الى أن يبلغ قيمتها وكذا النهى عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضى (و) كره (تلقى الجلب) أيضا بفتح اللام بمعنى المجلوب لقول ابن مسعود رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقى البيوع رواه البخارى ومسلم وصورته أن واحدا من أهل المصر يتلقى الميرة فيشترى منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن هذا اذا كان يضر بأهل البلد بأن كانوا فى قحط وان كان لا يضر بهم فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين وقال بعضهم صورته أن يلتقيه رجل من أهل المصر فيشتريه منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون سعر المصر فالشراء جائز فى الحكم ولكنه مكروه لانه غرور سواء

استضربه أهل المصر أولم يستضروا به (و) كره (بيع الحاضر للبادى) أيضا لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا رواه البخارى ومسلم وآخرون وفى الاختيار هو أن يجلب البادى السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب وفى شرح الطحاوى صورته أن الرجل اذا كان له طعام وأهل المصر فى قحط وهو لا يبيعه من أهل المصر حتى يتوسعوا ولكن يبيعه من أهل البادية بثمن غال وأهل المصر يتضررون فلا يجوز وان كانوا لا يتضررون بذلك فلا بأس ببيعه منهم والى هذه الصورة ذهب صاحب الهداية والركبان جمع راكب ويقال للمتوسط بين البائع والمشترى سمسار (و) كره (البيع) أيضا (عند اذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع والاذان المعتبر فى تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وعند مالك وأحمد لا ينعقد البيع أصلا (لا) يكره (بيع من يزيد) لما روينا (ولا يفرق) البائع فى البيع (بين صغير وذى رحم محرم منه) مثل الاب والابن والام والابن والاخوين والمقصود منه القرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة رواه أحمد والترمذى وعن أبى موسى رضى الله عنه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده وبين الاخ وأخيه رواه ابن ماجه والدارقطنى ثم لا بد من اجتماعهما فى ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لابنه الصغير له أن يبيع أحدهما لتفرق الملك وكذا لو كان التفريق بحق مستحق عليه كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب وكذا لا بأس بالتفريق اذا تعذر اخراج أحدهما بالتدبير او الاستيلاد أو الكتابة وله أن يعتق أحدهما وان كان فيه تفريق لانه أنفع له من ابقائه على الرق وفى النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان أو مكاتبا أو مأذونا له فى التجارة وأما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع وعن أبى يوسف أنه يفسد البيع فى قرابة الولاد ويجوز فى غيره وعنه أنه يفسد فى الجميع لما روينا وبه قال زفر والثلاثة ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فينفذ والنهى لمعنى فى غيره فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان ولكنه يكره للنهى (بخلاف الكبيرين والزوجين) حيث يجوز التفريق بينهما لان النص ورد على خلاف القياس فى القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره وفيه خلاف أحمد والله أعلم

*هذا (باب) فى بيان احكام (الاقالة)

وهو مصدر من أقال أجوف يائى ومعناه القلع والرفع وقيل هو مشتق من القول والهمزة للسلب أى أزال القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كأشكى اذا أزال شكواه وهذا لا يصح لانه يقال قلته البيع بالكسر فهذا يدل على أن عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم (هى) أى الاقالة (فسخ) أى ازالة للبيع (فى حق المتعاقدين بيع) جديد (فى حق ثالث) كالشفيع عند أبى حنيفة فان لم يمكن جعله فسخا بأن كان المبيع جارية فولدت بطلت الاقالة ويبقى البيع على حاله وقال أبو يوسف الاقالة بيع فان تعذر جعلها بيعا كما فى المنقول

قبل القبض يجعل فسخا الا أن لا يمكن كما اذا ولدت المبيعة فبطلت الاقالة وقال محمد هي فسخ
الا أن لا يمكن بأن سمى ثمنا أكثر من الثمن الاول أو جنسا آخر فيجعل بيعا الا أن لا يمكن فيبطل
وقال زفر ومالك وأحمد في رواية هي فسخ في حق الكل بكل حال وعن مالك وأحمد في رواية بيع
بكل حال وفائدة قول أبي حنيفة انها فسخ في حق المتعاقدين يظهر في خمس مسائل الاولى أنه
يجب على البائع الثمن الاول وما سمياه عند الاقالة بخلافه باطل الثانية أنها لا تبطل بالشروط
الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسد البيع وعند الثلاثة تفسدها الثالثة اذا تقايلا
ولم يسترد البائع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز البيع ولو كان بيعا في حقهما لبطل لكونه بائعا
ما اشتراه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز لانه بيع جديد في حق غيرهما الرابعة اذا
وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة فالهبة جائزة ولو كان بيعا فوهبه المشتري من البائع فقبله
البائع ينفسخ البيع الخامسة لو كان المبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم
تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن صح قبضه فلو كان بيعا لما صح من غير
اعادتهما وأما فائدة قوله بيع جديد في حق ثالث فكذلك تظهر في خمس مسائل احداها اذا
كان المبيع عقارا وسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملكه فبلغ الشفيع فطلب
الشفعة يقضى له بها لكونه بيعا في حق غيرهما الثانية اذا باع المشتري المبيع من آخر وقبضه
أو لم يقبضه ثم تقايلا واطلع على عيب كان عند البائع الاول فأراد أن يرده عليه بالعيب ليس له
ذلك لانها بيع في حق الثالث الثالثة اذا اشترى شيأ وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر
ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه البائع منه بأقل من الثمن قبل نقده فالشراء جائز فكان في حق
البائع كالملك بسبب جديد الرابعة لو وهب لرجل شيأ وقبضه ولم يعوضه حتى باعه من آخر
ثم تقايلا وعاد ليس للواهب الرجوع فيها لان البائع في حق الواهب بمنزلة المشتري الخامسة
اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء
واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا تسقط عنه الزكاة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو
الفقير (وتصح) الاقالة (بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر) من الثمن الاول (و) شرط (الاقل) منه
(بلا تعيب) عند المشتري قيد به لانه اذا تعيب عنده يجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب
(و) شرط (جنس آخر) من خلاف الثمن الاول (لغو) أي باطل عند أبي حنيفة لانها منبئة عن
الفسخ والازالة فتقتضي رفع الموجود (و) اذا كان كذلك (لزمه الثمن الاول) وعند أبي يوسف
يلزمه ما شرط وعند محمد يلزمه ما شرط في صورة الزيادة وخلاف الجنس وفي صورة اشتراط الاقل
يلزمه الثمن الاول ويلغو الشرط (وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة) لان قيام العقد ليس بالثمن بل
بالمعقود عليه (وهلاك المبيع يمنع) صحة الاقالة لان قيام العقد بقيام المعقود عليه (وهلاك
بعضه) أي بعض المبيع يمنع (بقدره) ويصح في باقيه لقيام البيع في الباقي وهذا بالاجماع الا في
وجه للشافعية يوضح ذلك ما ذكره في شرح الطحاوي أنه اذا تبايعا عينا بعين مما يتعين كل منهما
للعقد وتقابضا ثم هلك أحدهما في يد مشتريه ثم تقايلا فالاقالة صحيحة وعلى المشتري قيمة الهالك
أو مثله ان كان مثليا يسلمه الى صاحبه ويسترد العين منه وكذلك لو تقايلا والمعقود عليهما قائمان
ثم هلك أحدهما ولو اشترى عينا مما يتعين للعقد بثمن دين كما اذا اشترى عرضا من العروض بعينه

بدراهم

بدراهم أو بدنانير وعين الدراهم أو الدنانير أو لم يعينهما لانهما لا يتعينان فى المبادلات وان عينتا وكذلك الفلوس وكذلك الكيلى والوزنى اذا كان موصوفا بغير عينه والعددى لان الكيلى والوزنى أوصافهما ثمن واعيانهما سلع ثم تقايلا البيع فانه ينظر ان كانت العين قائمة فى يد المشترى صحت الاقالة سواء كان الثمن قائما فى يد البائع أو هالكا لان الثمن وان كان قائما فهو فى حكم الهالك لانه لا يتعين للعقد ولو كان المعقود عليهما عرضين وتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا لا تصح الاقالة وكذا لو كان أحدهما هالكا وقت العقد والآخر قائم حتى صحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة ولو عقدا عقد السلم ورأس المال عرض يتعين للعقد أو دراهم أو دنانير أو فلوس مما لا يتعين للعقد ثم تقايلا السلم ورأس المال فى يد المسلم اليه قائم أو هالك فان الاقالة صحيحة لان المسلم فيه وان كان دينا فى الحقيقة فانه له حكم العين الا ترى ان استبداله قبل القبض لا يجوز فصارا كأنهما تقايلا وأحد المعقود عليهما قائم فان كان رأس المال قائما وهو مما يتعين للعقد فعلى المسلم اليه رد عينه وان كان هالكا فعليه رد القيمة ان كان غير مثلى أو مثله ان كان مثليا وان كان رأس المال مما لا يتعين للعقد فعليه رد مثله قائما كان أو هالكا وكذلك لو قبض المسلم فيه ثم تقايلا والمقبوض قائم فى يد رب السلم صحت الاقالة على ما ذكرنا وعلى رب السلم رد عين ما قبض لان المقبوض بعقد السلم كعين ما ورد عليه العقد ألا ترى أنه يجوز بيعه مرابحة على رأس المال والله أعلم

*هذا (باب) فى بيان أحكام (التولية)

وهى مصدر ولى غيره أى جعله واليا وفى الشرع (هى) أى التولية (بيع بثمن سابق) وهو البيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان (والمرابحة) مصدر من رابح وفى الشرع هى بيع (به) أى بثمن سابق (وبزيادة) وهذا التعريف أحسن من قول بعضهم هما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح أو من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه أن ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له أن يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد وفى التحفة البيع فى حق البدل ينقسم خمسة أقسام بيع المساومة وهو البيع بأى ثمن اتفق وهو المعتاد والثانى بيع المرابحة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح والثالث بيع التولية وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان والرابع الاشتراك وهو بيع التولية فى بعض المبيع من النصف ونحوه والخامس بيع الوضيعة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع نقصان يسير منه (وشرطهما) أى شرط التولية والمرابحة (كون الثمن الاول) وهو الذى ملك به المبيع ووجب بالعقد (مثليا) أى مما له مثل كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون فاذا كان الثمن الاول ثوبا مثلا أو حيوانا فمثله قيمته وهى مجهولة لا يمكن معرفتها حقيقة فلم يجز الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه أو به وبزيادة ربح معلوم لانتفاء الجهالة حينئذ ومن شرطهما أن لا يكون صرفا حتى لو باع دراهم بدنانير لا يجوز فيه المرابحة ولا التولية لانهما فى الذمة فلا يتصور فيه المرابحة والتولية والمقبوض غير ما وجب بالعقد ويوضح ذلك ما ذكره فى التحفة اذا باع شيأ مرابحة على الثمن الاول فلا يخلو اما أن يكون من ذوات الامثال كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب

أو يكون من العدديات المتفاوتة مثل العبيد والثياب والدور والبطاطيخ والرمان ونحوها أما اذا كان الثمن الاول مثليا فباعه مرابحة على الثمن الاول بزيادة ربح يجوز سواء كان الربح من جنس الثمن الاول أو لم يكن بعد أن يكون شيأ مقدرا معلوما نحو الدرهم وثوب مشار اليه أو دينار لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم فأما اذا كان الثمن الاول لامثل له فأراد بيعه مرابحة عليه فهذا على وجهين اما أن يبيعه ممن كان العوض في يده وملكه أو من غيره فان باعه ممن ليس في ملكه ويده لايجوز لانه لايخلو اما أن يبيعه مرابحة بذلك العوض أو بقيمته ولا وجه للاول لان العوض ليس في ملك من يبيعه منه مرابحة ولا وجه أن يبيعه منه مرابحة بقيمته لان القيمة تعرف بالحزر والظن فتتمكن فيه شبهة الخيانة وأما اذا أراد أن يبيعه مرابحة ممن كان العوض في يده فهذا على وجهين ان قال أبيعك مرابحة بالثوب الذي في يدك وبربح عشرة دراهم جاز لانه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم وهي معلومة وان قال أبيعك بربح ده يازده فانه لايجوز لان تسمية ده يازده أحد عشر يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه لايكون أحد عشر الا وأن يكون الحادي عشر من جنس العشرة فصار كانه باع بالثمن الاول وهو الثوب وبجزء من الجنس الاول والثوب لامثل له من جنسه (وله) أي للبائع (أن يضم الى رأس المال أجرة القصار) أي الذي قصر الثوب (و) أجرة (الصبغ) بعصفر أو زعفران أو سواد أو صفرة (و) أجرة (الطراز و) أجرة (الفتل) من فتلت الثوب اذا أخرجت له طرة كما يعمل في أطراف المناديل والطيالسة (و) أجرة (حمل الطعام) أي تحويله من موضع الشراء (و) أجرة (سوق الغنم) من موضع الشراء الى منزله وكذا غير الغنم لان العرف جرى بالحاق هذه الاشياء برأس المال وكذا يضيف الى رأس المال أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطي البئر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيأ من ذلك بيده لايضمه وفي المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته وكراءه وأجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد ولا يضم أجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقائه كالطعام وفي المخزن يضم لانه يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد وفي التحفة وأما أجرة السمسار في ظاهر الرواية ملحقة برأس المال وفي البرامكة قال لايلحق وقال الكرخي في مختصره وكذا اذا كان مضاربا أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم وما لابد منه اذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف فان كان اسرف لم يضم الفضل وضم ما بقي ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره وكسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ولا يضم أيضا ما أنفق على مرض الرقيق من أجرة طبيب أو حجام أو دواء ولا يضم جعل الآبق ولا يضم التاجر أيضا ما أنفق على نفسه ولا يضم ما أنفق على الرقيق في تعليم صناعة ولا قرآن ولا في شعر ولا في تعليم غير ذلك (ويقول قام) هذا (على بكذا) من الدراهم والدنانير ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب (ولا يضم أجرة الراعي و) أجرة (التعليم وكراء بيت الحفظ) لعدم العرف بالحاقه برأس المال وكذا لا يضم حفر البئر وأجرة الطبيب والرائض والبيطار والحجامة وجعل الآبق ونفقة نفسه وكراءه وأجرة الختان والفداء في الجناية والذي يؤخذ في الطريق من الظلم الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم ولو زوج عبده لايضم المهر الى رأس المال ويضم أجرة من يذبح

قوله وفي المخزن بواو العطف كما في الزيلعي والصواب اسقاط الواو كما في المحيط اهـ من الهامش

الحيوان

الحيوان ويسلخها ويتخذ الخشب أبوابا ويثقب اللؤلؤ (فان خان) البائع (فى مرابحة اخذ) المشترى (بكل ثمنه او ردّه) أى المبيع (وحط) المشترى (فى التولية) اذا خان فيها صورته اشترى شيأ بتسعة وقال لآخر اشتريته بعشرة وأبيعك بربح درهم فاشتراه على ذلك ثم تبين أنه خانه فى درهم يخير عند أبى حنيفة ان شاء أخذ المبيع بكل الثمن وان شاء ترك ولو خان فى بيع التولية على هذا الوجه يحط قدر الخيانة عنده وعند أبى يوسف يحط قدر الخيانة فى التولية وقدرها وقدر ما يخصها من الربح فى المرابحة وبه قال أحمد والشافعى فى قول لان بيع التولية والمرابحة على الثمن الاول فيتقدر بقدره ويحط الزيادة عنه وعند محمد يخير فيهما جميعا ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء ترك لانهما تراضيا فلا معنى للحط الا أن المشترى صار مغرورا فيتخير وبه قال مالك والشافعى فى قول وعن مالك وهو قول عن الشافعية لا يصح البيع وله أن التولية بيع بالثمن الاول من كل وجه فيتقدر به وأما المرابحة فليست كذلك وذكر الثمن الاول للمنع عن النقصان لا للتعريف به فلا معنى للحط فيخير ولو هلك المبيع قبل أن يردّه أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره عند أبى حنيفة وهو المشهور من قول محمد وعن محمد أن المشترى يردّ قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن وعلى قول أبى يوسف يحط كيفما كان وكذا عند ابى حنيفة فى التولية ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث عنده به عيب آخر لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثانى أنقص من الاول وقضية التولية أن يكون مثل الاول (ومن اشترى ثوبا فباعه) أى الثوب (بربح ثم اشتراه) أى ذلك الثوب (فان باعه) يعنى فان أراد ان يبيعه (بربح) ثانى مرة (طرح عنه) أى عن الثوب (كل ربح) كان (قبله) أى قبل هذا البيع هذا عند أبى حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة يقول قام على بعشرة وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين وبه قال الشافعى ومالك لان هذا شراء جديد لا تعلق له بالاول فلا يعتبر فيه ما ربحه قبل ذلك وله أن بيع المرابحة بناء على الامانة وهنا شبهة الخيانة ثابتة لان الربح الذى ربحه فى الاول فى معرض السقوط بفسخ البيع الاول بظهور العيب (وان احاط) الربح أى استغرق (بثمنه) بأن اشتراه بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين (لم يرابح) يعنى لا يبيعه مرابحة أصلا عند أبى حنيفة خلافا لهما (ولو اشترى) عبد (مأذون مديون ثوبا بعشرة) دراهم (وباعه) أى باع المأذون الثوب (من سيده بخمسة عشر) درهما (يبيعه) السيد (مرابحة على عشرة) لان العقد بينهما وان كان صحيحا ولكن له شبهة العدم لان العبد ملكه وما فى يده لا يخلو عن حقه فصار كانه اشتراه للمولى بعشرة فيعتبر هذا لا غير وقوله مديون وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين أن يبيعه مرابحة فمع عدم الدين أولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع والمكاتب كالعبد المأذون له (وكذا) حكم (العكس) وهو أن يشترى المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده المأذون له فى التجارة بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لا غير لما ذكرنا (ولو كان) الذى عمل هذا العمل (مضاربا) بأن كان معه عشرة دراهم مضاربة (بالنصف) فاشترى ثوبا بعشرة ثم (باع ما اشترى بعشرة من رب المال بخمسة عشر) درهما (رابح) رب المال (باثنى عشر ونصف) لان نصف الربح وهو

درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فيبقى اثنا عشر ونصف فيرابح عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته (ويرابح) من يريد المرابحة (بلا بيان بالتعيب) أي تعيب المبيع عنده من غير صنعه ومعنى بلا بيان من غير بيان أنه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك وأما بيان نفس العيب فلا بد منه لقوله عليه الصلاة والسلام من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه (و) كذا يرابح بلا بيان في (وطء) الجارية (الثيب) لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الفائت وصف وهو لا يقابله شيء من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير أن المشتري يتخير بين أخذه بكل الثمن وتركه وعن أبي يوسف في التعيب انه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وبه قال الشافعي وزفر (و) يرابح (ببيان بالتعيب) منه سواء كان بفعله نفسه أو بفعل غيره وأخذ ارشه لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن (و) كذا يرابح ببيان في (وطء البكر) لانه تعييب لان العذرة جزء من العين فازالتها تعييب لها فيقابله الثمن وان تعيب بفعل المبيع في نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية فجاز أن يبيعه مرابحة بلا بيان ثم في كل موضع ليس له أن يبيعه مرابحة الا ببيان فان لم يبين فللمشتري أن يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين وفي الغاية وفي قول زفر اذا اعورت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها الذي اشتراها قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود ثم قال وبه نأخذ (ولو اشترى) شخص شيأ (بألف) درهم (نسيئة) أي الى أجل (وباع بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه الى أجل (خير المشتري) بين أن يأخذه أو يتركه لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل وكذا في التولية اذا علم ان الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار (فان أتلف) المشتري المبيع في هذه الصورة (فعلم) أي ثم علم أن الثمن كان مؤجلا (لزم) البيع المشتري (بألف ومائة) لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شيء من الثمن وكذا الحكم في هلاك المبيع (وكذا التولية) مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك أو الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن أبي يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن وقال الفقيه أبو جعفر المختار للفتوى أنه يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للتعارف (ومن ولى رجلا شيأ) أي باع له بالتولية (بما قام عليه و) الحال أنه (لم يعلم المشتري بكم قام عليه) أي على المولي (فسد) البيع لجهالة الثمن (ولو علم) المشتري بكم قام عليه (في المجلس) قبل الافتراق (خير) بين أخذه وتركه لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا أنه في مجلس العقد غير متقرر فاذا علم فيه ارتفعت الجهالة وانما يخير لخلل في رضاه لان الرضا بالشيء لا يتم قبل العلم به واذا علم بعد الافتراق لا يصح البيع لتقرر الفساد

* هذا (فصل) في بيان أحكام البيع قبل قبض المبيع والتصرف في الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك (صح بيع العقار) الذي اشتراه (قبل قبضه) عندهما وعند محمد لا يصح لقوله عليه الصلاة

والسلام

والسلام اذا اشتريت شيأ فلا تبعه حتى تقبضه رواه أحمد وبه قال الشافعي ولهما ان عدم الجواز
في المنقول لخطر انفساخ البيع بهلاك المعقود عليه وهذا لا يتحقق في العقار وما رواه معلول
بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه والاجارة قبل القبض قيل على
هذا الخلاف وقيل أنه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح (لا) يصح (بيع المنقول) قبل القبض
لما روينا وعند مالك بيع الطعام بالطعام قبل القبض لا يجوز وبيع ما سواه من المنقولات
يجوز قبل القبض وبه قال أحمد ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع
حبسه بالثمن وان نقد الثمن نفذت الكتابة ولو وهب المبيع قبل القبض أو تصدق به أو أقرضه
أو رهنه من غير البائع لم يجز عند أبي يوسف ويجوز عند محمد وهو الاصح وما لا يجوز بيعه قبل
القبض لا يجوز اجارته ولا يجوز بيع أجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع ويجوز تزويج
الامة المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه ألا ترى أنه لو زوج أمته الآبقة جاز
ولو وهب المبيع من البائع قبل القبض فقبله البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا
البيع ولم ينتقض البيع الاول لان الهبة مجاز عن الاقالة بخلاف البيع وفي شرح الطحاوي
ولو أوصى لرجل قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل
القبض يكون موروثا فكذلك الوصية وفي الايضاح كل عوض ملك بالعقد ينفسخ العقد فيه
بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والاجرة اذا كانت عينا وبدل الصلح اذا كان
معينا وما لا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق
على مال وبدل الصلح عن دم العمد (ولو اشترى مكيلا) أي ما يكال (كيلا) أي من حيث
الكيل (حرم بيعه وأكله حتى يكيله) أي حتى يعيد الكيل لما روى جابر رضي الله عنه انه عليه
الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه
ابن ماجه والدارقطني بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذا وجده أكثر من كيل البائع
وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمنا لان الزيادة له على ما بينا (ومثله) أي
ومثل الحكم المذكور في المكيل (الموزون) أي بيع الموزون بشرط الوزن (والمعدود)
بشرط العد لا يجوز أن يبيعه أو يأكل منه حتى يعيد الوزن والعد هذا اذا كان الموزون غير
الدراهم والدنانير وأما هما فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كذا في الايضاح
وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن ولو كاله البائع
بحضرة المشتري بعد المبيع قيل لا يكفي لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح أنه يكتفى به
لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وجعل الشيخ المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن
أبي حنيفة واختاره الكرخي وعنه أنه كالمذروع وهو قول أبي يوسف ومحمد (لا) يحرم التصرف
في المبيع (المذروع) بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف وليس
بقدر فيكون كله للمشتري اللهم الا اذا سمى لكل ذراع ثمنا فحينئذ لا يحل له التصرف فيه حتى
يذرع لما قلنا (وصح التصرف في الثمن قبل قبضه) بأن ملكه ممن عليه بعوض أو بغير عوض
ولا يجوز له أن يملكه من غير من عليه لان النهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور
ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا فرق بين أن يكون المقبوض من جنسه أو خلاف جنسه اذا الكل

معاوضة وفي الغاية التصرف في الاثمان وسائر الديون من المهر والاجارة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز قبل القبض لان الملك مطلق وكان القياس أيضا ذلك في المبيع المنقول الا أنه ترك ذلك بالحديث وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث (و) صح (الزيادة فيه) أي في الثمن (و) صح (الحط منه) أي من الثمن فيلحقان بأصل العقد ولو بعد تمام العقد وعند الشافعي وزفر الحاقهما بعد لزوم البيع لا يصح بل يصح على اعتبار أن يكون صلة مبتدأة لان المبيع دخل في ملك المشتري والثمن في ملك البائع فمن زاد شيأ فهو مبدل العوض عن ملك نفسه وهذا لا يجوز ولنا أنهما يغيران بمواصفة العقد من الخسارة الى الربح أو العدل ولهما رفع العقد فلأن يكون لهما تغيير وصفه أولى وفائدة الخلاف تظهر في المرابحة والتولية حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط وفي الشفعة أيضا حتى يؤخذ بما بقي من الحط دون الزيادة لما فيها من ابطال حقه الثابت بالثمن الاول فلا يملك ابطاله وتظهر أيضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري على البائع بالزيادة ولو أجاز المستحق البيع كان له أن يطالب بالزيادة وتظهر أيضا في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط وورد المحطوط وقبل الآخر وقبض المزيد في الزيادة أو المردود في الحط فسد العقد كأنهما عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتدأة وكذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة مبتدأة حتى يجب عليه أن يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول أبي يوسف وفي الحط أن يكون هبة مبتدأة وتظهر أيضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن للحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض وتظهر أيضا فيما اذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى (و) صحت (الزيادة في المبيع) أيضا وتلتحق بأصل العقد خلافا للشافعي وزفر ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية بخلاف الحط لانه اسقاط محض وفي المحيط في رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية وقبضها وماتت فزاده البائع جارية أخرى جاز ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لان هلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بأن باع المبيع ثم اشتراه ثم زاده في الثمن لا يجوز ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الامة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف الزيادة على مهر المثل بعد موتها (ويتعلق الاستحقاق بكله) أي بكل ما وقع عليه في العقد من الثمن والزيادة عليه حتى لا يكون للمشتري أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع أن يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الحط واذا ظهر للمبيع مستحق يرجع المشتري على البائع بالزيادة وقد ذكرناه (و) صح أيضا (تأجيل كل دين) لان المطالبة حقه فله أن يؤخره الا عند الشافعي في قول لا يصح (غير القرض) لانه اعارة والتأجيل فيها ليس بلازم لانها تبرع وقال مالك يجوز التأجيل في القرض أيضا كسائر الديون ولو أوصى أن يقرض من فلان من ماله ألف درهم الى سنة يجوز من

الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضى العدة لانه وصية بالتبرع ويتسامح فيها مالا يتسامح فى غيرها نظرا للموصى ألا ترى انها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الربا) *

وهو اسم من ربا الشئ يربو اذا زاد والمصدر ربو ومنه سمى المكان المرتفع ربوة لزيادة ارتفاعه على سائر الاماكن وفى الشرع (هو) أى الربا (فضل مال) أى زيادته (بلا عوض) فى مقابلته (فى معاوضة مال بمال) كما اذا باع عشرة دراهم باحد عشر درهما فان الدرهم فيه فضل وليس فى مقابلته شئ وهو عين الربا (وعلته) أى علة الربا (القدر) وهو الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون (والجنس) وهو كون العوضين من جنس واحد كما اذا باع مكيلا أى مكيل كان بجنسه يحرم الفضل وكذلك اذا باع موزونا أى موزون كان بجنسه يحرم الفضل فالعلة عندنا مركبة منهما وبه قال أحمد وعنه فى غير النقدين كونه مأكولا وجنسا وعند الشافعى العلة هى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان وبه قال أحمد فى رواية وعند مالك العلة هى الاقتيات والادخار مع الجنس فى المطعومات وأما فى الاثمان فكقول الشافعى لانه عليه الصلاة والسلام خص بالذكر كل مقتات ومدخر وللشافعى حديث معمر بن عبد الله كنت أسمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم وأحمد شرط المماثلة وعلله بوصف الطعم فكان علة ولنا ما روى عن عبادة وأنس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به رواه الدارقطنى رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على أنهما علة الحكم لما عرف ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علية مأخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون مثلا بمثل بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس وقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما والنبى صلى الله عليه وسلم أيضا شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير فعلم بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية ولهذا قالوا لا يجرى الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحبة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا ويبتنى على الاصل المذكور فروع كثيرة فلنذكر بعضها تنبيها على البواقى منها اذا باع حفنة من طعام بحفنتين منه أو تفاحة بتفاحتين يجوز عندنا وعند الثلاثة لا الا فى رواية عن أحمد ومالك ومنها لو باع كيلا من جص بكيلين منه أو رطلا من حديد برطلين منه لا يجوز عندنا خلافا لهم ومنها لو باع كيلا من زبيب بكيلين منه لا يجوز اجماعا ومنها لو باع حفنة من ملح بحفنتين منه يجوز اجماعا ثم المطعوم ما يعد للطعم غالبا تقوتا أو تأدما أو تفكها أو غيرها وسواء كان المطعوم مما يكال أو يوزن أم لا وهذا هو القول الجديد له وهو الاظهر وعلى القول القديم يشترط مع الطعم الكيل أو الوزن فعلى هذا لا ربا فى السفرجل والرمان والبيض والجوز ونحوهما مما لا يكال ولا يوزن (فحرم الفضل والنساء) بفتح النون وهو البيع الى أجل (بهما) أى بالجنس والقدر (و) حرم (النساء فقط) يعنى دون الفضل (باحدهما) أى بوجود

قوله كالحبة كذا بخطه والذى فى الزيلعى حفنة اه من هامش

أحدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير أو الجنس دون القدر كالهروى بالهروى (وحلا) أى الفضل والنساء جميعا (بعدمهما) أى بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة (وصح بيع المكيل) أى الذى يدخل تحت الكيل (كالبر والشعير والتمر والملح و) صح بيع (الموزون) أى الذى يدخل تحت الوزن (كالنقدين) أى الدراهم والدنانير (و) صح أيضا بيع (ما ينسب الى الرطل) وهو كل شئ وقع عليه كيل الرطل مثل الادهان فانه موزون غير أنه لما لم يستمسك الا فى وعاء يشق عليهم وحده وزنه بالأمناء والصنجات فى كل وقت بالوعاء فقدر بالارطال والامناء فاكتفى به دفعا للحرج فبقى موزونا على حاله وقال صاحب الهداية وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزنى مثل الامناء أى مثل ما ينسب الى الامناء قال فخر الدين قاضيخان رحمه الله تفسيره أن ما يباع بالأواقى فهو وزنى لان الاواقى قدرت بطريق الوزن فصارت وزنيا وأما سائر المكاييل ماقدرت بالوزن فلا يكون وزنيا وفائدة هذا ان ما يباع بالارطال اذا بيع كيلا بكيل غير الاواقى سواء بسواء لا يجوز لانه باع الموزون بالموزون بالكيل الذى لم يقدر بالوزن فيكون بيع الموزون بالموزون مجازفة فبطل وقال فى كتاش يوحنا بن سرافيون الرطل اثنا عشرة أوقية وقال أيضا الرطل عشرون استارا والاستار ستة دراهم ودانقان أو أربعة مثاقيل فعلى هذا فيما قيل ان الاوقية أربعون درهما نظر والباء فى قوله (بجنسه) تتعلق بقوله وصح بيع المكيل أى صح بيع هذه الاشياء بجنسه حال كونه (متساويا و) لا يصح اذا كان (متفاضلا) لوجود العلة وهى التفاضل (وجيده) أى جيد ما فيه الربا (كرديئه) حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء (ويعتبر التعيين لا التقابض فى غير الصرف) من الربويات وقال الشافعى يعتبر التقابض قبل الافتراق فى بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لانه اذا لم يتقابضا فى المجلس قد يتعاقب القبضان فيثبت شبهة الربا وبه قال مالك وأحمد ولنا أن كلا منهما مبيع متعين فلا يشترط قبضه كثوب معين بثوب معين بخلاف الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض (وصح بيع الحفنة) وهى ما يملأ الكفين قاله الجوهرى (بالحفنتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين) لانها لا تدخل تحت المعيار فلم توجد العلة خلافا للثلاثة وقد ذكرناه آنفا وقال صاحب الهداية وما دون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة حتى اذا باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها جاز عندنا اذا لم تبلغ نصف الصاع لانه لم يرد التقدير فى الشرع بما دون نصف صاع وجاء التقدير بنصف صاع فى صدقة الفطر وفى الفتاوى الصغرى أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف القفيز والمراد من القفيز صاع (و) صح أيضا بيع (الفلس بالفلسين) حال كونهما (بأعيانهما) بأن كان الفلس معينا والفلسان معينين عندهما وقال محمد لا يجوز لانه ثمن فصار كالدرهم والدرهمين وبه قال الشافعى ولهما أنه صار ثمنا باصطلاح الناس فخرج ذلك باصطلاح العاقدين تصحيحا لتصرفهما بخلاف الدراهم لانها خلقت ثمنا وانما قيد بقوله بأعيانهما لانه اذا كانا بغير أعيانهما أو أحدهما بغير عينه لا يجوز اتفاقا لانه يؤدى الى الربا (و) صح ايضا بيع (اللحم بالحيوان) عندهما وقال محمد لا يصح بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم المفرز أكثر مما فى الحيوان ليكون قدره متقابلا باللحم والزائد بالسقط لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع اللحم بالحيوان

رواه فى الموطا ولهما أنه باع الموزون بغير الموزون لان الحيوان ليس بموزون فيجوز كيفما كان
وعند الشافعى وأحمد لا يجوز ولا يجوز بالنسيئة اجماعا وفى شرح الطحاوى ولو كانت الشاة
مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب فى قولهم جميعا كما قال محمد وأراد بغير
المسلوخة غير المفصولة عن السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز فى قولهم جميعا (و) صح
أيضا بيع (الكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيفما كان لاختلافهما جنسا ولو باع القطن بغزله قال
محمد يجوز كيفما كان لاختلاف الجنس وقال أبو يوسف لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن
قطن وقول محمد أظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص أكثر مما فى الآخر
وان كان لا يدرى لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد أن يكون الحب الخالص
أكثر من الحب الذى فى القطن حتى يكون قدره مقابلا به والزائد بالقطن (و) صح أيضا بيع
(الرطب بالرطب) متساويا (أو) بيع الرطب (بالتمر) حال كونه (متماثلا) فى الوزن عند أبى
حنيفة وقالا لا يجوز لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الرطب بالتمر وبه قالت الثلاثة وله
أن الرطب تمر حقيقة فيجوز متساويا (و) صح أيضا بيع (العنب بالزبيب) متماثلا عند أبى حنيفة
خلافا لهما والتعليل مامر وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية وفى التقريب
فأما العنب بالزبيب فذكر أبو جعفر جواز بيع أحدهما بالآخر فى قولهم وذكر أبو الحسن
عنهما أنه لا يجوز الا على الاعتبار فأما أبو حنيفة فاعتبر التساوى حال العقد ولم يعتبر ما بعده
وذكر أبو الليث قال بشر بن الوليد لا بأس بالعنب بالزبيب يدا بيد والعنب أقل وروى هشام عن
محمد انه قال لا بأس بقفيز من عنب بقفيز من زبيب فألزمته الرطب بالتمر ولم أزل به حتى رجع عن
قوله وأما العنب بالعنب فيجوز فى قولهم كما فى الرطب بالرطب فقال أبو حنيفة يجوز مثلا بمثل
وقالا لا يجوز (و) صح أيضا بيع (اللحوم المختلفة بعضها ببعض) حال كون البعض (متفاضلا)
مثل لحم الشاة بلحم البقر ولحم الجاموس بلحم الجمل ولكن بشرطين أحدهما أن يكون نقدا
والثانى أن تكون مختلفة كلحم الشاة بلحم البقر كما ذكرنا حتى لو باع لحم جاموس بلحم بقر أو ضأن
بمعز أو لحم العراب بلحم البخاتى لم يجز متفاضلا لاتحاد أجناسها وعند الثلاثة لا يجوز مطلقا
الا اذا تساوى البدلان وفى شرح الطحاوى ولحوم الغنم كلها جنس واحد من الضأن والمعز
والنعجة والتيس حتى لو بيع لحومها بعضها ببعض وشحومها بعضها ببعض أو ألبانها بعضها
ببعض لا يجوز الا سواء بسواء ولو باع لحوم الشاة بشحمها أو بأليتها أو لحمها بصوفها يجوز ذلك
كيفما كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعها وأما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان
فلو باع بعضها ببعض متفاضلا يجوز ولا يجوز نسيئة وأما الرؤس والاكارع والجلود يجوز
يدا بيد كيفما كان ولا يجوز نسيئة لانه لم يضبط بالوصف ألا ترى ان السلم فيه لا يجوز ولحوم
الابل كلها نوع واحد من العراب والبخاتى وذى سنامين أو ذى سنام واحد وكذلك البقر
والجواميس كلها نوع واحد وفى الايضاح روى عن أبى يوسف أنه يجوز بيع لحم الطير بعضه
ببعض متفاضلا وان كان من نوع واحد لانه لا يوزن فى العادة (و) صح أيضا بيع (لبن البقر
و) لبن (الغنم) بعضه ببعض متساويا ومتفاضلا لعدم العلة خلافا للثلاثة ولكن بالشرطين
المذكورين فى اللحوم (و) صح أيضا بيع (خل الدقل) بفتح الدال والقاف وهو الردىء من

التمر (بخل العنب) متساويا ومتفاضلا ولكن بالشرطين المذكورين وانما خص خل الدقل اجراء للكلام مجرى العادة لانهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل والا فالحكم فى خل كل تمر كذلك (و) صح أيضا بيع (شحم البطن بالالية) بعضها ببعض متفاضلا (أو باللحم) وان كانت كلها من الضأن لانها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد (و) صح أيضا بيع (الخبز بالبر والدقيق متفاضلا) لكن يدا بيد لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز بيعه به أصلا لان بينهما شبهة المجانسة فى الحال ولا يعرف التساوى بينهما والاول أصح وفى النوادر عن أبى بكر أن بيع الحنطة بالخبز لا يجوز لا متفاضلا ولا متساويا وهذا اذا كانا نقدين فان باع أحدهما بالآخر نسيئة فهو على وجهين ذكرهما الولوالجى وغيره فى الفتاوى ان كان الخبز نقدا والدقيق أو الحنطة نسيئة يجوز لانه أسلم موزونا فى مكيل وان كان الحنطة أو الدقيق نقدا والخبز نسيئة لا يجوز (لا) يصح (بيع البر بالدقيق أو بالسويق) لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان خص باسم آخر ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وقال أبو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير مكبوسين او أحدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند أبى حنيفة وقالا يجوز كيفما كان وفى شرح أبى نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة فى النعومة وفى الخلاصة سواء كان أحدهما أخشن او أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفى الفتاوى الصغرى بيع النخالة بالدقيق عند أبى يوسف يجوز على طريق الاعتبار بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة فى الدقيق وعند محمد لا يجوز بطريق الاعتبار وانما يجوز اذا تساويا كيلا (ولا) يصح أيضا بيع (الزيتون بالزيت و) لا بيع (السمسم بالشيرج حتى يكون الزيت) الخالص (والشيرج) الخالص (أكثر مما فى الزيتون والسمسم) ليكون قدره بمثله والزائد بالثجير وقال زفر يجوز مع الجهالة بأنه أكثر منه أو أقل أو مساو فان علم أن الزيت الثمن ليس بأكثر لم يجز لان الاصل فى العقد هو الجواز فلا يفسد بالشك والاحتمال ولنا أن جهة الفساد غالبة لانه يفسد من وجهين ويصح من وجه واحد وعند الثلاثة لا يصح أصلا (ويستقرض الخبز وزنا) أى من حيث الوزن (لا) يستقرض (عددا) أى من حيث العدد عند أبى يوسف لان الوزن يوجب التساوى والعدد لا وبه قال الشافعى فى قول وبه يفتى وعند محمد يستقرض بهما وزنا وعددا لان التفاوت ساقط شرعا للتعامل وحاجة الناس وبه قال أحمد والشافعى فى قول وعند مالك يعتبر العرف وعند أبى حنيفة لا يجوز أصلا لان التفاوت فى العدد ظاهر من حيث القدر وفيه تفاوت الاوصاف فلا يثبت التساوى لا وزنا ولا عددا فلا يجوز تحرزا عن الربا (ولا ربا بين السيد وعبده) لانه وما فى يده لمولاه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين مستغرق برقبته وما فى يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما فى يده ليس بملك للمولى عند أبى حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفى المحيط لا ربا بينهما وان كان عليه دين (و) لا (بين المسلم والحربى ثمة) أى فى دار الحرب وكذا اذا تبايعا بيعا فاسدا هناك فهو جائز عندهما وقال أبو يوسف والشافعى ومالك

واحمد

فى المصباح
ثجير مثال رغيف
كل شئ يعصر
معرب وقال
الثجير عصارة
والعامة تقوله
وهو خطأ اه

وأحمد في رواية صحيحة لا يجوز اعتبارا للحربي بالمستأمن منهم في دارنا ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب رواه مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الحقوق في المبيع)

(العلو لا يدخل بشراء بيت) يعني اذا اشترى بيتا فوقه بيت لا يدخل فيه العلو ولو قال (بكل حق) هو له مالم ينص عليه لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل بدون التنصيص عليه (و) لا يدخل العلو أيضا (بشراء منزل الا) أن يقول المشتري (بكل حق هو له أو) يقول (بمرافقه أو) يقول (بكل قليل وكثير هو فيه أو منه) لان المنزل له شبه للدار وشبه للبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكن فيه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فلشبهه بالدار يدخل ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وفي الكافي هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار لان كل منزل يسمى خانه سواء كان صغيرا أو كبيرا فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف أهله (ودخل العلو (بشراء دار) وان لم يذكر شيأ من ذلك لان الدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه فيدخل فيه من غير ذكر (كالكنيف) أي كما يدخل الكنيف وهو بيت الماء بذكر الدار من غير افرازه بالذكر كالعلو لما قلنا ان الدار اسم لما أدير عليه الحائط والكنيف منه وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التي في صحنها والبستان فيها وان كان البستان خارج الدار ان كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل الا بالشرط وان كان أصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا (لا) يدخل (الظلة) وهي الساباط الذي أحد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار أخرى وعلى الاسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة فلا يدخل في بيع الدار (الا) أن يقول (بكل حق) أو نحو ذلك مما ذكرنا عند أبي حنيفة وعندهما يدخل من غير ذكر شئ اذا كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف وله انها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق فصار كالطريق فلا يدخل الا بذكر الحقوق ونحوها (ولا يدخل الطريق والمسيل) وهو موضع جرى الماء من المطر وغيره (والشرب) بكسر الشين وهو النصيب من الماء في بيع المسكن أو الارض (الا) أن يقول (بنحو كل حق) ونحوه لان هذه الاشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع فلا تدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وفي الجامع الصغير عن محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يشتري البيت في الدار أو المنزل في الدار أو المسكن في الدار قال لا يكون له الطريق الا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه فيكون له الطريق وقال قاضيخان رحمه الله تعالى اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار ولكنه من حقوق هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق الا بحجة ولكن له أن يردها بالعيب وكذلك لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة

فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كان بمنزلة العيب وكذا لو ظهر فى الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له فى الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البائع كان بمنزلة العيب (بخلاف الاجارة) حيث يدخل فيها هذه الاشياء اذا استأجر دارا أو أرضا لانها تعقد للانتفاع لا غير ولهذا لو استثنى هذه الاشياء عن عقد الاجارة تبطل ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان فى ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه وقدر الحمام يدخل لانه مركب بالبناء وكذا الحجر الاسفل من الرحى وكذا الاعلى استحسانا والآلات الملصقة بالبيت والله تعالى أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاستحقاق)

وهو طلب الحق (البينة حجة متعدية) الى الغير تظهر فى حق كافة الناس اذا اتصل بها قضاء القاضى لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة (لا الاقرار) يعنى ليس الاقرار بحجة متعدية الى الغير بل هو حجة قاصرة فلا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه وهذا أصل لفروع كثيرة منها ما أشار اليه بقوله مبيعة ولدت فاستحقت الخ على ما يجىء وهو من مسائل الجامع الصغير ومنها أنه اذا اشترى عبدا ثم ظهر له مستحق بالبينة فانه يرجع على البائع بالثمن لانه يثبت بها الملك من الاصل فيتعدى الى الكل ولو أقر به المشترى لرجل انه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع لان اقراره قاصر عليه فيثبت به الملك فى المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته فلا يظهر الاستحقاق فى حقه فى الرجوع بالثمن على البائع (والتناقض) فى الكلام (يمنع دعوى الملك) وهذا أيضا أصل لفروع كثيرة وموضعها فى كتاب الدعوى ومن صور ذلك ما ذكره فى الفتاوى الظهيرية رجل ادعى على رجل مقدارا معلوما بأنه دين له عليه وأنكر المدعى عليه ذلك ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فانه لا يسمع دعواه لانه متناقض فى كلامه ولو كان الامر بالعكس يسمع لامكان التوفيق لان مال الشركة يجوز أن يكون دينا بالجحود والدين لا يجوز أن يصير مال الشركة ومنها ما ذكره فيها أيضا رجل ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخى ثم مات المدعى وخلف أموالا كثيرة فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه وقال هو أخى لا يقبل منه ذلك ولا يقضى له بالميراث لانه متناقض ولو كان مكان دعوى الاخوة دعوى البنوة أو الابوة والمسئلة بحالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث ومنها ما ذكره فيها ادعى عينا فى يدى انسان انها لفلان وكلنى بالخصومة فيها ثم ادعى انها له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضا فلا تقبل بينته ولو ادعى انها له ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيها وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضا اه وانما يمنع التناقض فى الكلام دعوى الملك لان القاضى لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض اذ أحدهما ليس باولى من الآخر فسقطا (لا) يمنع التناقض دعوى (الحرية) كالمكاتب اذا أقام بينة على أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته فالتناقض لا يمنع صحة الدعوى فى العتق لانه أمر يجرى فيه الخفاء لانه أمر ينفرد به المولى فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك (و) لا يمنع أيضا دعوى (الطلاق) كالمرأة اذا اختلعت

من

من زوجها ثم أقامت بينة أنه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فانه تقبل بينتها وله أن تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال الزوج بايقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك وقاس على هذا فى الفتاوى الظهيرية مسئلة وهى أن رجلا اشترى دارا لابنه الصغير من نفسه واشهد على ذلك شهودا فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم ان الابن استأجر الدار من المشترى ثم علم بما صنع الاب فادّعى الدار على المشترى فقال ان أبى اشترى هذه الدار لى من نفسه فى صغرى وهى ملكى وأقام على ذلك بينة فقال المدّعى عليه فى دفع دعوى المدّعى انك متناقض فى هذه الدعوى لان استئجارك الدار منى اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا قال الصحيح ان هذا لا يصلح دفعا لدعوى المدّعى وان كان هذا تناقضا لان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك ثم قال ألا ترى أن المرأة اذا اختلعت من زوجها الى آخر ما ذكرناه (و) لا يمنع أيضا دعوى (النسب) كالرجل باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول أنه ابنه تسمع دعواه ويبطل البيع الاول والثانى وذلك لان النسب يبنى على العلوق فيخفى عليه فيعذر فى التناقض (مبيعة) يعنى جارية مبيعة (ولدت) عند المشترى (فاستحقت) أى فظهر لها مستحق (ببينة تبعها) أى تبع المبيعة (ولدها) يعنى يأخذها المستحق مع ولدها لان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له ثم قيل يدخل الولد فى القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح (وان أقرّ) المشترى (بها) أى بالجارية (لرجل لا) يتبعها ولدها فيأخذ المقر له الجارية فقط لان الاقرار حجة قاصرة فيثبت بها الملك المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له وفى النهاية انما لا يتبعها الولد فى الاقرار اذا لم يدعه المقر له امّا اذا ادّعاه كان له لانّ الظاهر أنه له (وان قال عبد لمشتر) أى لرجل يطلب شراء عبد (اشترنى فانا عبد) لفلان (فاشترى) الرجل العبد بناء على كلامه (فاذا هو) أى العبد (حر) أى ظهر حرا واذا هنا للمفاجأة فلذلك لا ينوّن (فان كان البائع حاضرا أو غاب) البائع (غيبة معروفة) يعنى يدرى أين هو (فلا شئ على العبد) لوجود من عليه الحق وهو البائع (والا) أى وان لم يدر البائع أين هو (رجع المشترى على العبد) بالثمن عند أبى حنيفة ومحمد لان المقرّ بالعبودية ضمن سلامة نفسه والمشترى اعتمد على أمره واقراره أنه عبده اذ القول قوله فى الحرية فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر (و) رجع (العبد على البائع) بالثمن اذا ظفر به لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين بتخليص الرهن وعند أبى يوسف لا يرجع المشترى على العبد بشئ لان ضمان الثمن بالمعاوضة أو بالكفالة فلم يوجد واحد منهما فصار كما اذا قال اشترنى أو قال أنا عبده ولم يزد على ذلك فان قلت هذا مشكل على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فان الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلت قيل ان كان فى حرية الاصل فالدعوى ليست

بشرط عنده لتضمنها تحريم فرج الام لان الشهود يجب عليهم تعيين أمه في حرية الاصل فتحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا والجمهور على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية الاصلية والطارئة لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيهما لخفاء الحال عليه وهو العلوق فيعفى التناقض أما الحرية الاصلية فلأن الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبويه أو بحرية أحدهما باسلامهما أو باسلام أحدهما فيها ويعتقد أنه رقيق فيقر بالرق ثم تبين له الحال بعد ذلك فيدعى الحرية فيعذر في التناقض وأما في العتق الطارئ فلأن المولى يستبد به ويخفى على العبد فيعذر في التناقض (بخلاف الرهن) بأن قال العبد ارتهني فاني عبد فارتهن فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا لان الرهن ليس بمعاوضة ألا ترى انه يجوز في موضع لا تجوز فيه المبادلة كثمن الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن أن يجعل الامر به ضمانا للسلامة اذ هو ضمن عقد المعاوضة (ومن ادّعى حقا) مجهولا (في دار فصولح على مائة فاستحق بعضها) أي بعض الدار (لم يرجع) المدّعى عليه (بشئ) على المدّعى لان دعواه يجوز أن تكون فيما بقي وان قل فما دام في يده شئ فلا يرجع عليه بشئ (ولو ادّعى كلها) أي كل الدار فصولح على مائة فاستحق منها شئ (رجع) المدّعى عليه على المدّعى (بقسطه) أي بقسط المستحق لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدّعى لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض توضيحه اذا كانت الدار تساوي ألفا فوقع الصلح على مائة واستحق نصف الدار رجع عليه بخمسين درهما وعلى هذا

*هذا (فصل) في بيع الفضولي (ومن باع ملك غيره) بغير أمره (فللمالك أن يفسخه) أي أن يفسخ البيع ان شاء (و) ان شاء (يجيزه) أي البيع (ان بقي العاقدان) وهما البائع الفضولي والمشتري منه (والمعقود عليه) وهو المبيع (و) المعقود (له) وهو المالك (و) المعقود (به) وهو الثمن (لو كان (عرضا) والاصل فيه ان كل تصرف من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا ولا يقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد والا يتوقف كشراء العبد والصغير المحجور عليهما وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الفضولي أصلا ولا تجوز باجازة المالك لانه صادر عن غير ولاية شرعية ولنا حديث عروة بن أبي الجعد البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري له شاة فاشترى له به شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه البخاري وأحمد وأبو داود ولو لم ينعقد لم يجوّزه النبي صلى الله عليه وسلم فان قلت نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أي ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق قلت الكلام في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآبق في رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح ولا يلزمنا والمراد من الحديث أن يبيع شيأ لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه فان قلت هذا غرر ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر فيما رواه مسلم

قلت لانسلم انه غرر لانه يتوقف على اجازة المالك وانما شرط لصحة الاجازة بقاء أربعة
أشياء وهى المتعاقدان والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف فى العقود فلابد
من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض
يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه حينئذ أيضا واذا أجازه المالك كان الثمن مملوكا له
أمانة فى يد الفضولى بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبله
وان كان الثمن عرضا معينا كان ملكا للفضولى واجازة المالك بعده اجازة نقد لا اجازة عقد
فيجب على الفضولى مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا
لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير
واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا ألا ترى أن الرجل اذا تزوج امرأة على عبد
الغير صح وتجب قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير قرضا
فكذا هنا ثم للفضولى أن يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولى فى النكاح
لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه (وصح عتق مشتر) عبدا (من غاصب) غصبه وباعه له
(باجازة) المالك (بيعه) أى بيع الغاصب وقال محمد لا يصح وهو القياس لانه لم يملكه وعند
الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق لان
المصحح للاعتاق ملك كامل ولهما أن الملك يثبت موقوفا فيترتب الاعتاق مرتبا عليه ويتوقف
بنفاذه فصار كاعتاق المشترى من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجازة المرتهن البيع (لا) يصح
(بيعه) أى بيع المشترى من الغاصب باجازة المالك البيع الاول لانه بالاجازة ثبت للمشترى
الاول وهو البائع الثانى ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لاستحالة اجتماع الملك
البات والملك الموقوف فى محل واحد (ولو قطعت يده) أى يد العبد الذى باعه الفضولى (عند
المشترى فأجيز) أى البيع أى ثم أجاز مالكه البيع (فأرشه) أى فارش يد العبد يكون (لمشتريه)
لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين أن القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من
المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الاجازة فهو للمشترى (وتصدق) المشترى (بما زاد على نصف
الثمن) لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وأرش اليد الواحدة
فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه ما هو كائن بمقابلة الثمن فما زاد
على نصف الثمن فيه شبهة عدم الملك لما قلنا (ولو باع) شخص (عبد غيره بغير امره فبرهن
المشترى) أى أقام بينة (على اقرار البائع) الفضولى (أو) برهن المشترى على (رب العبد) أى
مالكه (انه) أى أن كل واحد من البائع أو مالك العبد (لم يأمر بالبيع) أى ببيع العبد المذكور
(واراد) المشترى (رد البيع) المذكور (لم يقبل) بينته لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما
على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه والبينة لا تبنى الا على دعوى صحيحة فاذا
بطلت الدعوى لا يقبل ولا يشكل هذا بما ذكر فى الزيادات أن المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه
المشترى فدفع اليه ثم برهن على اقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن تقبل
بينته لان العبد فى يد المشترى هنا وهناك فى يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون
العين سالمة للمشترى فلذلك لم يرجع هنا ورجع هناك (وان أقر البائع) المذكور (بذلك) أى

بأن رب العبد لم يأمره بالبيع (عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك) أي بطلان البيع لان التناقض لايمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما الا في حق رب العبد ان كذبهما وادّعى أنه كان بأمره فاذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له أن يطالب المشتري وعند أبي يوسف له أن يطالبه فاذا أدّى رجع به على البائع ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا أنه وكله فان أقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لانّ النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما ولا يؤخره لحضوره ليحلف فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم يأخذ العبد لانّ البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع أن يحلف رب العبد أنه ما أمره ببيعه فان نكل ثبت أمره وان حلف ضمن البائع ونفذ بيعه ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وأقام بينة على اقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل للتناقض ولو أقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل ولو ورثه البائع وغيره فان ادّعى الغير جحود المالك يسمع بخلاف شريكه البائع ولمشتريه أن يحلفه بالله ما يعلم أنّ المولى أمره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف أخذ بنصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخير في النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه هذا اذا أقر المشتري بأنّ العبد ملك الآمر ولو أنكر لغا قول الآمر حتى يقيم البينة على ملكه ولغا توكيل بائعه في خصومته كي لا يصير البائع ساعيا في نقض ما أوجبه (ومن باع دار غيره) بغير اذنه (فادخلها المشتري في بنائه) ثم اعترف البائع بالغصب وأنكر المشتري (لم يضمن البائع) الدار لانّ اقرار البائع لا يصدق على المشتري ولا بدّ من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا يعلم أن قوله وأدخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تأثير للادخال في البناء في ذلك والله اعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (السلم)

وهو بمعنى السلف لغة ويسمى سلما واسلاما وسلفا واسلافا وشرعا هو عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن آجلا وما قيل هو أخذ عاجل بآجل فاسد لانّ السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لم يرد شئ ولا ينعقد بلفظ البيع وبه قال زفر وعيسى بن أبان والشافعي في قول وفي رواية الحسن ينعقد وهي الاصح (ما) يعني كل شئ (أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره) وفي بعض النسخ ومعرفة قدره كمكيل وموزون ومذروع (صح السلم فيه) لانه لا يفضي الى المنازعة وقد قال عليه الصلاة والسلام من أسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم رواه البخاري ومسلم (وما لا) يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره (فلا) يصح السلم فيه لانه يفضي الى المنازعة ثم شرع يبين الفصلين بالفاء التفصيلية بقوله (فيصح) السلم (في المكيل) كالبر والشعير ونحوهما (والموزون) كالعسل والزيت ونحوهما وقيد بقوله (المثمن) احترازا من الدراهم والدنانير فانهما موزونة ولكنها غير مثمنة بل هي اثمان فلا يجوز الاسلام فيها لان السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيها انعكس فاذا لم يقع

سلما يكون باطلا عند عيسى بن أبان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل والاول اصح وهذا
الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان كالحنطة ونحوها وأما اذا أسلم فيهما الاثمان كالدراهم
والدنانير فلا يجوز بالاجماع ولو أسلم فى المكيل وزنا كما اذا أسلم فى البر والشعير بالميزان روى
الطحاوى عن أصحابنا أنه يجوز وروى الحسن أنه لا يجوز وعلى هذا الخلاف لو أسلم فى الموزون
كيلا وعند مالك يجوز السلم فى الدراهم والدنانير (و) يصح فى (العددى المتقارب) كالجوز
(والبيض) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم ولكنه انما يجوز من حيث العدد أو من حيث
الكيل وقال زفر لا يجوز عددا لتفاوت آحاده ولنا ما قلنا وما ذكره من التفاوت مهدر عرفا وقيل
لا خلاف فى جوازه عددا وانما الخلاف فى جوازه كيلا قيد بقوله المتقارب لانه لا يصح فى العددى
المتفاوت كالبطيخ والرمان الا عند الشافعى يصح وزنا وعند مالك وأحمد يصح مطلقا
وفى التحفة وأما العددى المتفاوت وتفسيره ما نقل عن أبى يوسف ما اختلف آحاده فى القيمة
واتفق أجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجواهر واللآلئ والادم والجلود والخشب
والرؤس والاكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها الا اذا بين من جنس الجلود والادم
والخشب والجذوع شيأ معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما وأتى بجميع شرائط السلم فالتحق
بالمتقارب فيجوز وكذا السلم فى الجوالق والغرائر (والفلس) أى وكالفلس لانه عددى يمكن
ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يصح لانه ثمن ما دام يروج وبه قال مالك وأحمد (واللبن)
بكسر الباء وهو الطوب النىء (والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء وهو القرميد والتقدير وكاللبن
والآجر (ان سمى ملبن معلوم) لان آحادها لا تتفاوت اذا عينت الآلة واذا لم تعين لا يجوز لانه
يفضى الى المنازعة (و) يصح السلم أيضا فى (الذرعى) أى الشىء الذى يذرع (كالثوب ان بين
الذراع) من أى جنس الذرعان (والصفة) بأنه قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الذى يسمى
ملحما أو حرير ونحو ذلك (والصنعة) بانه عمل الشأم أو الروم أو نحوهما أو عمل زيد أو عمرو
أو غيرهما لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدى الى النزاع وان كان ثوب حرير يباع
بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه لا يصير معلوما الا به (لا) يصح السلم (فى الحيوان) لانه
تتفاوت آحاده وقالت الثلاثة يجوز لانه يمكن معرفة جنسه وسنه ونوعه ووصفه بأن يقال عبد
تركى اسمر ابن سبع طويل أو قصير أو ربعة وفى البعير ثنى أحمر من نعم بنى فلان غير ناقص الخلقة
ويتعرض فى الخيل للسن واللون والنوع ويتعرض فى الطيور للنوع والكبر والصغر من حيث
الجثة كذا فى وجيز الشافعية (و) لا فى (أطرافه) كالرأس والاكارع للتفاوت الفاحش ثم قيل هذا
قول أبى حنيفة وعندهما يجوز كما فى اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق وقال مالك يجوز عددا وبه
قال أحمد والشافعى فى قول (و) لا فى (الجلود عددا) أى من حيث العدد للتفاحش فيه وقال
مالك وأحمد يجوز وكذا على الخلاف فى الورق عددا الا أن يبين فيهما ضربا معلوما وطولا
وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة وكذا اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم بالوزن فيهما
(و) لا فى (الحطب) حال كونه (حزما) أى مشدودا بشدات كل شدة حزمة وهو بضم الحاء وفتح
الزاى جمع حزمة وفى الجمهرة كل شىء جمعته كالاضبارة فقد حزمته ومنه سميت حزمة الحطب
(و) لا فى (الرطبة) وهى البرسيم سواء كان رطبا أو يابسا لا يجوز حال كونه (جرزا) أى مشدودة

بشدات كل شدة جرزة بضم الجيم وسكون الراء وفتح الزاى وجمعها اجرز وهى بالفارسية دسته وأما الجزز بكسر الجيم والزايين المعجمتين فهى جمع جزة وهى الصوف المجزوز وليس هذا موضعه والحالان المذكوران من الاحوال المنتظرة المؤولة بالاشتقاق فافهم ولو بين الحبل الذى يشد به الحطب أو عقده بالوزن وبيان الصفة والنوع فهو جائز وكذلك فى الرطبة اذا بين الصفة والوزن يجوز فافهم (و) لا فى (الجواهر) نحو الياقوت بأنواعه والبلخش والفيروزج ونحوها وعند مالك يجوز (و) لا فى (الخرز) نحو الجزع والعقيق والبلور ونحوها لان آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وكذلك لا يجوز فى اللآلئ الكبار ويجوز فى صغارها وزنا (و) لا يجوز أيضا فى (المنقطع) لان شرط جوازه أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع أن لا يوجد فى الاسواق وان كان فى البيوت وقال الشافعى يجوز فى المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لانه مقدور التسليم فيه وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه غير مقدور التسليم لانه يتوهم موت المسلم اليه فيحل الاجل وهو منقطع فيتضرر رب السلم فلا يجوز ولو انقطع عن أيدى الناس بعد المحل قبل أن يوفى المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد ويسترد رأس ماله (و) لا فى (السمك الطرى) لانه ينقطع عن أيدى الناس فى الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان فى بلد لا ينقطع فيه السمك جاز وزنا لا عددا وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز فى الكبار التى تنقطع كالسلم فى اللحم وفى شرح الطحاوى السلم فى السمك لا يخلو اما أن كان طريا أو مالحا ولا يخلو اما أن يسلم عددا أو وزنا فان أسلم فيه عددا طريا كان أو مالحا لا يجوز لانه متفاوت وان أسلم فيه وزنا فانه ينظر ان كان مملوحا يجوز وان كان طريا ان كان العقد فى حينه والاجل فى حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك فانه يجوز والا فلا (وصح) السلم (وزنا) أى من حيث الوزن (لو) كان السمك (مالحا) لان المالح وهو القديد لا ينقطع عن أيدى الناس وفى الايضاح الصحيح فى الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفى الكبار روايتان (و) لا يصح أيضا فى (اللحم) عند أبى حنيفة وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصى ثنى سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف فصار كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وبه قالت الثلاثة وله أنه يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدى الى المنازعة وفى منزوع العظم روايتان عن أبى حنيفة فى رواية الحسن بن زياد يجوز وفى رواية ابن شجاع لا يجوز لانه يختلف بالسمن والهزال فان قلت اللحم مثلى أو قيمى قلت قيمى عند أبى حنيفة ألا ترى الى ما قال فى الجامع الكبير لو أن رجلا غصب من رجل لحما فشواه ثم جاء انسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب وكان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم وقال أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير قول محمد فى هذه المسئلة كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس بمثلى الا فى هذا الموضع يعنى فى الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل قولهما ثم قال ورأيت وسط غصب المنتقى روى أبو يوسف عن أبى حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته ويمنع

الاستقراض وزنا أيضا وذكر فى التتمة عن اختيار شيخ الاسلام على الاسبيجابى رحمه الله أن اللحم مضمون بالمثل والله أعلم (و) لا يصح أيضا (بمكيال) معين لا يعرف قدره (أو ذراع لم يدر قدره) لانه يحتمل أن يضيع فيؤدى الى النزاع بخلاف البيع به حالا واذا كانا معلومى المقدار يجوز ويشترط أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وأما الجراب والزبيل فلا يجوز الكيل بهما وعن أبى يوسف الجواز بقرب الماء للتعامل (و) لا يجوز أيضا فى (بر قرية) بعينها (او تمر نخلة معينة) لاحتمال أن تعتريهما آفة فلا يقدر على تسليمهما (وشرطه) أى شرط جواز السلم تسعة أشياء ذكر الشيخ منها ثمانية الاول (بيان الجنس) كالحنطة والتمر وقيل بيان الجنس كقوله قمح صعيدى أو بحيرى هذا ليس بصحيح بل بيان الجنس ما ذكرناه والذى ذكره هذا القائل هو النوع (و) الثانى بيان (النوع) كالسهلية والجبلية فى الحنطة والبرنى والمكتوم فى التمر (و) الثالث بيان (الصفة) كالجيد والردىء والوسط (و) الرابع بيان (القدر) كقوله عشرة اكرار فى المكيلات وعشرة ارطال فى الموزونات وعشرة أعداد فى المعدودات (و) الخامس بيان (الاجل) كقوله الى شهر ونحوه وقال الشافعى الاجل ليس بشرط لانه عليه الصلاة والسلام رخص فيه مطلقا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى آخر الحديث الى أجل معلوم وأما تقديره فالى المتعاقدين وقيل ثلاثة أيام رواه الطحاوى عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم وعن الكرخى أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس فى التأجيل فى مثله فان أجل فيه قدر ما يؤجل الناس فى مثله جاز والا فلا والفتوى على ما ذكره الشيخ بقوله (وأقله) أى أقل الاجل فى السلم (شهر) روى ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه آجل (و) السادس بيان (قدر رأس المال) اذا كان العقد يتعلق على مقداره كما (فى المكيل والموزون والمعدود) هذا عند أبى حنيفة وقالا لا يحتاج الى ذلك اذا كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة كما فى الثمن والاجرة وله أن جهالة قدر رأس المال قد تفضى الى جهالة المسلم فيه بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقى عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال فى مجلس العقد فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره ولا يدرى قدره فيفضى الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله (و) السابع بيان (مكان الايفاء) أى ايفاء المسلم فيه (فيما) أى فى الذى (له حمل) ومؤنة (من الاشياء) عند أبى حنيفة وقالا ليس بشرط ويوفيه فى موضع العقد كما فى البيع وبه قالت الثلاثة وله أنه قد يعجز عن أداء المسلم فيه فيتفقان على الفسخ وقيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فاذا لم يتعين المكان أفضى الى المنازعة (وما) أى والذى (لا حمل له) كالمسك والزعفران وما أشبههما (يوفيه) المسلم اليه (حيث شاء) لعدم الاحتياج الى بيان مكان الايفاء فيه بالاجماع (و) الشرط الثامن (قبض رأس المال قبل الافتراق) أى قبل افتراق المتعاقدين لان السلم هو أخذ آجل بعاجل وذلك بالقبض قبل الافتراق كما فى الصرف ولا فرق بين أن يكون رأس المال مما يتعين أولا ولهذا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض وكذا لا يثبت فى المسلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين فى الذمة بخلاف خيار العيب فى رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين وعند مالك لو ترك قبض رأس المال يوما أو يومين جاز لانه يعد عاجلا عرفا والشرط التاسع الذى لم يذكره الشيخ هو القدرة على تحصيل

المسلم فيه وفى الغاية شرائط صحة السلم سبعة عشر ستة فى رأس المال واحد عشر فى المسلم فيه أمّا الذى فى رأس المال فأحدها بيان الجنس انه دراهم أو دنانير أو من سائر الموزونات كالحديد والقطن أو من المكيلات كالحنطة والشعير الثانى بيان النوع أنها بخارية أو سمرقندية اذا كان فى البلد نقود مختلفة الثالث بيان الصفة من الجودة والرداءة والوسط الرابع اعلام قدر رأس المال وقد مرّ بيانه الخامس كون الدراهم والدنانير منقدة عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط وهذا بناء على مسئلة أخرى وهو أنّ المسلم اليه اذا وجد أكثر رأس المال زيوفا فردّه واستبدل فى مجلس الردّ يفسد السلم فى المردود عند أبى حنيفة خلافا لهما واشتراط الانتقاد احترازعن الفساد وهما لم يشرطاه السادس تعجيل رأس المال وقبضه قبل الافتراق بأبدانهما سواء كان رأس المال عينا أو دينا وقال مالك لا يشترط تعجيله ان كان عينا وان كان دينا يشترط فى قول وفى قول يجوز يوما أو يومين وفى الصرف يشترط قبل الافتراق بأبدانهما اجماعا سواء كان عينا كالتبر والمصوغ أو دينا كالدراهم والدنانير وأمّا التى فى المسلم فيه فاحدها بيان الجنس والثانى بيان النوع والثالث بيان الصفة والرابع اعلام قدر رأس المسلم فيه أنه كرّ أو قفيز بكيل معروف عند الناس والخامس أن لا يشمل البدلين أحد وصفى علة ربا الفضل وهو القدر المتفق أو الجنس لانّ حرمة النساء تتحقق به والسادس أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين حتى لا يجوز السلم فى الدراهم والدنانير وفى التبر لا يجوز على قياس كتاب الصرف لانه ألحقه بالمضروب ويجوز على قياس رواية كتاب الشركة لانه ألحقه بالعروض وهو رواية عن أبى يوسف والسابع الاجل والثامن أن لا ينقطع والتاسع أن يكون العقد باتا ليس فيه خيار الشرط والعاشر بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة والحادى عشر كون المسلم فيه مضبوطا بالوصف كالاجناس الاربعة المكيل والموزون والذرعى والعددى المتقارب والله أعلم (فان اسلم) رجل الى اخر (مائتى درهم فى كرّ برّ) والكرّ بضم الكاف وتشديد الراء ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف وقيل الكرّ أربعون قفيزا وانتصاب (مائة) على الحال وقوله (دينا عليه) صفة المائة أى على المسلم اليه (ومائة) عطف عليه وقوله (نقدا) صفته أى ومائة منقودة وهذا من قبيل قولهم خذوا هذا المال فاقسموه درهما درهما أى مقسوما بهذه القسمة وكذلك التقدير ههنا أسلم مائتى درهم فى كر بر مقسومة بهذه القسمة أعنى مائة منها دين فى ذمة المسلم اليه ومائة نقدها رب السلم وفى عامة النسخ مائة دين عليه ومائة نقد بالرفع فيهما فوجهه أن يكون خبر مبتدا محذوف أى منها مائة دين ومنها مائة منقودة واذا كان كذلك (فالسلم فى) حصة (الدين باطل) لانه دين بدين وصح فى حصة النقد لوجود قبض رأس المال فى المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارئ اذ السلم وقع صحيحا فى الكل ولهذا لو نقد مائتين قبل الافتراق صح فى الكل وعند زفر السلم باطل فى الكل لسريان الفساد ولنا ما بينا (ولا يصح التصرف) للمسلم اليه (فى رأس المال و) لا لرب السلم فى (المسلم فيه قبل القبض) أى قبل قبض المسلم اليه رأس المال وقبل قبض رب السلم المسلم فيه (بشركة او تولية) لانّ المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز ولرأس المال شبه بالمبيع فلا يجوز التصرف قبل القبض ففى التولية تمليكه بعوض وفى الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز (فان تقايلا) أى رب السلم

والمسلم

والمسلم اليه السلم بعد عقده ثم أراد رب المال أن يشترى برأس المال شيأ قبل القبض لا يجوز
وهو معنى قوله (لم يشتر) أى رب المال (من المسلم اليه برأس المال شيأ) بحكم الاقالة وقال
الشافعى وزفر يجوز قياسا لانه لما بطل السلم بقى رأس المال دينا فى ذمته فيصح الاستبدال به
كسائر الديون ولنا وهو الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك
أى الا سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال (ولو اشترى المسلم
اليه كرا) من الحنطة وكان رب السلم أسلم اليه فى كر حنطة (وأمر رب السلم بقبضه) أى بقبض
الكر الذى اشتراه ولم يقبضه (قضاء) أى لاجل القضاء عما عليه من الكر المسلم فيه (لم يصح)
لان هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين الذى اشترى منه وصفقة بينه وبين رب السلم
وكلاهما شرط الكيل فيه فلم يوجد فلا يصح (وصح لو) كان الكر (قرضا) بأن أقرضه كرا من
الحنطة ثم ان المستقرض اشترى كرا من غيره وأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه فانه يصح وان لم
يعد الكيل لان القرض اعارة فكان المقبوض عين حقه تقريرا فلم يكن استبدالا (أو أمره)
أى أو أمر المسلم اليه رب السلم (بقبضه) أى بقبض الكر (له) أى لاجل المسلم اليه (ثم) بقبضه
ثانيا (لنفسه) أى لنفس رب السلم بأن يعيد الكيل ثانيا (ففعل) أى رب السلم ذلك بأن اكتال
أولا لاجل المسلم اليه ثم اكتال ثانيا لنفسه فانه يصح ويكون ذلك قضاء لحقه لوجود شرط
الصفقتين وهو الكيل فيهما (ولو أمره) أى المسلم اليه رب السلم (أن يكيله) أى المسلم فيه
(فى ظرفه) أى فى ظرف رب السلم (ففعل) المسلم اليه بأن كاله فى ظرفه (و) الحال أنه (هو) أى
رب السلم (غائب لم يكن قضاء) لحقه وفى بعض النسخ لم يكن قبضا أى لا يكون ذلك قبضا لرب
السلم لحقه لان حقه فى الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم
اليه مستعيرا للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع كيسا الى المدين وأمره أن يزن دينه
ويجعله فيه فانه لا يصح ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين
الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم (بخلاف المبيع) بأن اشترى برا معينا ودفع الى البائع
ظرفا وأمره أن يكيله ويجعله فى الظرف ففعل البائع ذلك والمشترى غائب صح ويكون قضاء
لحقه لان المشترى ملك البر بنفس الشراء فيصح أمره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله
فى الظرف ويكون البائع وكيلا فى امساك الظرف فيكون الظرف فى يد المشترى حكما فكان
الواقع فيه واقعا فى يده حكما ولهذا اكتفى بذلك الكيل فى الصحيح ألا ترى أنه لو أمره بالطحن
أو بالقائه فى البحر ففعل يكون على الآمر فى الشراء ويتقرر الثمن عليه وفى السلم على المأمور لما
قلنا فان قلت البائع لا يصلح أن يكون وكيلا فى القبض حتى لو وكله به نصا لا يصح توكيله
ولا يكون قابضا له فكيف يتصور أن يكون وكيلا له هنا قلت لما صح أمره لكونه مالكا له صار
وكيلا له ضرورة وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وان أمره أن يكيله ويجعله فى ظرف
البائع ففعل لم يصر قابضا لان المشترى صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا تصح العارية
لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا فى يد المشترى فصار كما لو أمره أن يجعله فى
ناحية من بيت البائع (ولو أسلم) رجل الى رجل (أمة فى كر) بر مثلا (وقبضت الامة) يعنى
قبضها المسلم اليه (فتقايلا) السلم (ثم ماتت) الامة قبل أن يقبضها رب السلم بحكم الاقالة

قوله لان هنا صفقتان كذا بخطه اه من هامش

(أوماتت) الامة (قبل الاقالة) ثم تقايلا بعدموتها (بقي) التقايل أى الاقالة على حالها فى المسئلة الاولى (وصح) أى التقايل أى الاقالة بعدموتها فى الثانية (و) يجب (عليه) أى على المسلم اليه (قيمتها) أى قيمة الامة يوم قبضها الان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقودعليه والمعقودعليه فى السلم هوالمسلم فيه وهو باق فى ذمة المسلم اليه بعدهلاك الامة فصحت الاقالة ابتداء وكذا يبقى بعد الهلاك لان البقاء أسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب عليه ردالجارية وقدعجز بموتها فيجب عليه قيمتها القيامها مقامها (وعكسه) أى عكس الحكم المذكور وفى بعض النسخ وعكسها أى عكس مسئلة السلم (شراؤها) أى شراء الامة (بألف) فالحكم فيها لوماتت الامة بعد الاقالة قبل القبض بطلان الاقالة ولوتقايلا بعدهلاكها ابتداء لايصح لان المعقودعليه فيه هى الامة فلا تصح الاقالة بعدهلاكها ابتداء ولاتبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاول بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة فيه ابتداء بعدهلاك أحدهما ولاتبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقودعليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء أحدهما والحاصل أن هذا الجنس منقسم على أربعة أقسام الاول الاقالة فى السلم الثانى الاقالة فى بيع المقايضة الثالث الاقالة فى بيع العين بالثمن وقدذكرنا حكم هذه الثلاثة والرابع الاقالة فى الصرف وحكمه أنهما اذا تقايلا فيه بعدهلاك أحد البدلين أوكلاهما أو هلك البدلان أو أحدهما بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة لان المعقودعليه فى الصرف ماوجب لكل واحدمنهما فى ذمة الآخر وذلك غيرمعين فلا يتصورهلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة (والقول لمدعى الرداءة) بأن قال هوشرطنا طعاما رديئا وقال الآخر لم نشترط شيأ (و) لمدعى (التأجيل) بأن قال هوشرطنا التأجيل وقال الآخر لم نشترط شيأ لانه يدعى الصحة اذ السلم لايجوز الامؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له (لا) أى ليس القول (لنافى الوصف) وهوالرداءة (و) لنافى (الاجل) والاصل فيه انهما اذا اختلفا فى الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعى الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عندأبى حنيفة ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلة أن نقول لوأسلم دراهم الى رجل فى كرحنطة فقال المسلم اليه شرطنا رديئا وقال رب السلم لم نشترط شيأ كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكاره الصحة وفى عكسه بأن ادعى رب السلم شرط الردىء وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا كان القول لرب السلم عندأبى حنيفة لانه يدعى الصحة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولوقال المسلم اليه لم يكن أجل وقال رب السلم له أجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه متعنت فى انكاره ماينفعه وهو الاجل وهوحق له فكان باطلا وفى عكسه بأن ادعى المسلم اليه الاجل وأنكره رب السلم فالقول للمسلم اليه عندأبى حنيفة وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهوالاجل فكان القول قوله (وصح السلم) بالاجماع (والاستصناع) خلافا لزفر والثلاثة وهو أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيأ بثمن معلوم وصورته ماقاله صدرالاسلام البزدوى فى مبسوطه وهو أن يجىء انسان الى اسكاف فيقول له اخرزلى خفين ويبين له صفتهما وقدرهما ويبين الثمن أويجىء الى صفار ويقول له صغ لى آنية من صفر ويبين له قدره وصفته وجنسه ونوعه ويبين الثمن ثم

قوله أوكلاهما كذا بخطه اه من هامش

الاستصناع على نوعين استصناع فيما ليس فيه تعامل وهو فاسد بالاتفاق كما اذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوبا بغزل من عنده أو طلب من الخياط أن يخيط له قميصا بكرباس من عنده واستصناع فيه تعامل كما اذا استصنع (في نحو خف وطشت وقمقم) وغير ذلك من الاواني أما السلم فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت شرائطه فيه وأما الاستصناع فللاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا والقياس أن لا يجوز لانه بيع المعدوم وبه قال زفر والثلاثة ولكن ترك العمل به بما ذكرناه ثم الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا أتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا يثبت الخيار فيه لكل منهما والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال أبو سعيد البردعي هو العمل ولهذا يبطل بموت أحدهما والاول أصح ولهذا لا يشترط أن يعمله بعد العقد حتى لو جاء به لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ولو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وللمستصنع الخيار وهو لا يثبت الا في العين وانما يبطل بموت أحدهما لان له شبها بالاجارة وفي الفتاوى الصغرى لا يجبر الصانع على العمل ولا المستصنع على اعطاء الاجرة وان شرط التعجيل فان قبض الصانع الدراهم ملكها فيبطل الاستصناع بموت الصانع ونقله عن بيوع خواهرزاده شمس الائمة (وله) أي للمستصنع (الخيار اذا رآه) أي اذا رأى المصنوع لانه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لانه دين في الذمة ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره وعن أبي حنيفة انه له الخيار أيضا وعن أبي يوسف ان لا خيار لواحد منهما والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع (وللصانع بيعه) أي بيع المصنوع (قبل أن يراه) المستصنع لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع فقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعيينه واذا رآه ورضي به ليس له أن يبيعه لانه ثبت اللزوم في حقه (ومؤجله) أي مؤجل الاستصناع (سلم) عند أبي حنيفة وقالا ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لانهما عقدان مختلفان اسما وحكما فلا ينعقد أحدهما بالآخر وله انه أمكن تصحيحه سلما وأمكن تصحيحه استصناعا وجعله سلما أولى لانه عقد جاءت به السنة والاستصناع ثبت باصطلاح الناس لا بالحديث وفائدة الخلاف أنه يشترط عنده جميع شرائط السلم كقبض رأس المال قبل الافتراق وغيره ثم المراد ما يصلح أن يكون أجلا في السلم وقد بيناقدره فيما مضى وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والا ففاسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكره على وجه الاستعجال بأن قال على أن تفرغ عنه غدا أو بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتأخير المطالبة وقيل ان ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم وعن الهندواني ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلما

* هذه (مسائل متفرقة) من أبواب شتى (صح بيع الكلب) لانه مال متقوم آلة للاصطياد كالبازي وعند الشافعي لا يجوز بيعه أصلا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وبه قال أحمد ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية

رواه الدارقطني وفي رواية الا كلب الضاري والمعلم ومارواه محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه الصلاة والسلام أمر بقتل الكلاب ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب أن يكون معلما أو قابلا للتعليم وعن أبي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية واذا أتلف رجل كلب رجل يضمن عندنا قيمته خلافا للشافعي (و) صح بيع (الفهد والسباع والطيور) لانها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا وكذا يصح بيع الفيل لانه ينتفع به حملا وركوبا وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية أبي يوسف عنه لا يجوز لانه للتلهي وهو محظور والصحيح الاول وبيع الهر جائز لانه ينتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فلا يجوز بيعه وعن أبي حنيفة لا يجوز بيع الاسد الكبير ويجوز بيع الجرو وعند بعض أصحابنا ونقل في بيوع الاجناس عن كتاب الجنايات للحسن بن زياد لا ينبغي لاحد أن يتخذ كلبا في داره الا أن يخاف من لصوص أو غيرهم فلا بأس بأن يتخذه وكذلك الاسد والفهد والضبع وجميع السباع بمنزلة الكلب في جميع ذلك (والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام فأعلمهم ان لهم ما للمسلمين فكل ما جاز لنا من البياعات كالصرف والسلم ونحوهما من أنواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير فان عقدهم فيهما كعقد المسلمين على العصير والشاة لانهما أعز الاموال عندهم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون (ولو قال) شخص لغيره (بع عبدك من زيد) مثلا (بألف) درهم (على انى ضامن لك مائة) درهم (سوى الالف) الثمن (فباع) الرجل عبده بهذا الشرط (صح) البيع (بالف) درهم (وبطل الضمان) بالمائة لانها ليست من الثمن بل هو التزام للمال ابتداء وهو رشوة لان يبيعه وهو حرام فلا يصح (وان زاد) هذا القائل كلمة (من الثمن) بأن قال لغيره بع عبدك من زيد مثلا بالف درهم على انى ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف صح البيع (فالالف) يجب (على زيد والمائة) تجب (على الضامن) لان الزيادة كما تجوز من المشتري وان لم يسلم بمقابلتها شئ تجوز من الاجنبي اذا لم يسلم له شئ فصار كبدل الخلع حيث يجوز اشتراطه على الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة اذ لا يسلم لهما شئ لمقابلة البدل لكن من شرط صحة الزيادة المقابلة صورة فاذا قال من الثمن فقد وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلا يصح وعند زفر والشافعي لا تجوز الزيادة أصلا ولا يلزمه وقد مر أصل هذا ثم اذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع بها على المشتري ولا تظهر في حق البائع وفي حق الشفيع والمرابحة حتى اذا أخذ البائع الالف من المشتري لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه قام عليه به ويؤخذ الشفيع بالالف ولو تقايلا فللاجنبي أن يسترد الزيادة لانها من الثمن وفي قياس قول أبي يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ويرابح عليها وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كان بأمره ولو رده بعيب أو تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لانه أخذها منه دون المشتري وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد

واما

وأما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشتري أو يعطي الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها الى نفسه وان زاده بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شئ والمال لازم للمشتري (ووطء زوج) الامة (المشتراة قبض) للامة صورته اشترى أمة وزوجها المشتري قبل القبض صح النكاح لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع حيث لا يجوز فاذا جاز النكاح فان وطئها كان قابضا لها لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا اليه كأنه فعله بنفسه وان لم يطأها لا يكون قبضا وهو معنى قوله (لا عقده) يعني ليس عقد زوج الامة المشتراة بقبض لانه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصا في الذات وان كان القياس أن يكون قبضا بنفس التزوج لانه تعيب حكمي بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية أو حقه ومن ضرورته يصير قابضا (ومن اشترى عبدا فغاب) أي المشتري قبل القبض (فبرهن البائع) أي أقام بينة (على بيعه) أي على أنه باع هذا العبد من فلان وأنه غاب قبل أن ينقد الثمن (و) الحال (ان غيبته معروفة) وطلب من القاضي أن يبيعه بدينه (لم يبع) العبد أي لم يبعه القاضي (لدين البائع) لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشتري في العين (والا) أي وان لم يكن غيبته معروفة بأن لم يدر أين هو (بيع) أي العبد أي باعه القاضي (لدينه) أي لدين البائع لان القاضي نصب ناظرا للعاجزين ونظرهما في بيعه لان البائع يصل به الى حقه والمشتري تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فان قلت القضاء على الغائب لا يجوز قلت ليست بينة البائع هنا للقضاء على الغائب وانما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال فان قلت هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف يباع قلت ليس هذا البيع بمقصود هنا لان المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه والشئ قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا وقيل يوكل القاضي من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن ثم اذا بيع وأوفى ثمنه فان فضل شئ من دينه يمسك للمشتري الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقي شئ منه تبع البائع اذا ظفر به (ولو غاب احد المشتريين) بان اشتريا شيأ فغاب أحدهما قبل القبض يجوز (للحاضر دفع كل الثمن وقبضه) أي قبض المبيع كله (و) له أيضا (حبسه) أي حبس المبيع عن شريكه اذا حضر (حتى ينقد شريكه) الثمن عندهما وقال أبو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا يؤخذ الا نصيبه بطريق المهايأة وكان متبرعا فيما أدى عن صاحبه والخلاف في مواضع أحدها في قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثاني في حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما أدى والرابع في اجبار البائع على قبول ما اداه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لا والخامس في اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا لابي يوسف أن الحاضر قضى دينا على الغائب بغير أمره فكان متبرعا فيه ولا جبر على المتبرع ولا رجوع في التبرعات وهو أجنبي عن نصيبه فلا يقبضه وبهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولهما أن الحاضر مضطر الى أداء كل الثمن لان للبائع حق حبس كل المبيع الى أن يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار فافهم (ومن باع امة بألف مثقال ذهب وفضة فهما) أي الذهب والفضة (نصفان) يعني يجب خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة

مثقال فضة لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد نصف لعدم الاولوية بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل منهما وعلى هذا لو قال على كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا قاعدته فى المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره فى الموزون والمكيل والمعدود والمذروع (وان قضى زيف) وهو ما يرده بيت المال ويأخذه التجار (عن جيد) بأن كان له دراهم جياد على رجل فقضاه زيوفا وهو لا يدرى (وتلف) أى الزيف عنده بأن هلك أو أنفقه ثم علم بالعيب (فهو قضاء) لحقه فلا يكون له غيره عندهما وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حقه يراعى من حيث الوصف كما يراعى من حيث القدر الا أنه لما تعذر عليه الرجوع بالجودة رد مثل المقبوض ويرجع بالجياد ولهما أن المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ولكن لم يبق له الا الجودة وهى لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس (وان أفرخ طير) أى أخرج فرخه من بيضه فى أرض رجل (او باض) طير فى أرض رجل (او تكنس ظبى) أى استتر (فى ارض رجل) ومعناه فى الاصل دخل فى الكناس وهو موضع الظبى ويروى تكسر أى تكسر رجله واعتاقيد به لانه لو كسره أحد لكان له (فهو) أى المذكور من الفرخ والبيض والظبى (لمن اخذه) لانه مباح سبقت يده اليه هذا اذا لم تكن أرضه مهيأة لذلك فان كانت مهيأة للاصطياد فهو له الا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد أو حفر بئرا للماء فوقع فيها صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ما نثر من الدراهم وغيرها فى ثيابه بخلاف معسل النحل فى أرضه حيث يملكه وان لم تكن أرضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة فيها والتراب المجتمع فيها لجريان الماء وان لم تكن معدة وفى الغاية لو أن رجلا وضع صوفا على ظهر البيت فجاء المطر فابتل ثم ان رجلا عصره وأخرج منه الماء قال له أن يسترد قال ان كان وضعه لاجل ماء المطر فله أن يسترده منه وان كان وضعه لغيره لم يكن له أن يسترده وفى العيون لو أن صيدا دخل دار رجل فاغلق عليه الباب فان كان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم به فلا يملكه فاذا اخرج منه فهو لمن أخذه (ما) أى الذى (يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط) أربعة عشر شيأ على ما ذكره الشيخ الاول (البيع) فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا أو باع دارا على أن يسكنها شهرا فالبيع فاسد كما مر (و) الثانى (القسمة) بأن كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين وشرطوا أن يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهذا فاسد وصورة تعليقها بالشرط بأن اقتسموا الدار وشرطوا فيها رضا فلان فهذا فاسد أيضا لان القسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع فيفسد بالشرط الفاسد (و) الثالث (الاجارة) بأن اجر داره بشرط أن يقرضه المستأجر أو يهدى اليه أو أجره اياها ان قدم زيد (و) الرابع (الاجازة) بالزاى المعجمة بأن باع فضولى عبده فقال أجزته بشرط أن يقرضنى أو يهدى الى أو علق اجازته بشرط لان الاجازة بيع معنى (و) الخامس (الرجعة) بأن قال لمطلقته الرجعية راجعتك على أن تقرضينى

ـه عبده كذا بخط
ـنف ولعله بأن
ـولى عبد الغيره
ـ المالك أجزته
اه من هامش

كذا

كذا أو ان قدم زيد لانها استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه فكذا
لا يجوز تعليقها أيضا (و) السادس (الصلح عن مال) بمال بأن قال صالحتك على أن تسكنني
في الدار سنة مثلا أو ان قدم زيد لانه معاوضة مال بمال فيكون بيعا (و) السابع (الابراء عن
الدين) بأن قال أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهرا أو ان قدم فلان لانه تمليك من وجه حتى
يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط
(و) الثامن (عزل الوكيل) بأن قال لوكيله عزلتك على أن تهدي لي شيأ أو ان قدم فلان لانه ليس
مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط (و) التاسع (الاعتكاف) بأن قال على أن أعتكف ان شفى
الله مريضي أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل فلا يصح تعليقه بالشرط
(و) العاشر (المزارعة) بأن قال زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا أو ان قدم فلان لانها اجارة
فلا يصح تعليقها بالشرط كالاجارة (و) الحادي عشر (المعاملة) وهي المساقاة بان قال
ساقيتك شجري أو كرمي على أن تقرضني كذا أو ان قدم فلان لانها اجارة أيضا (و) الثاني عشر
(الاقرار) بأن قال لفلان علي كذا ان أقرضني كذا أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا
يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما اذا علقه بموته أو بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على أنه فعل
ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه للحال على ما يجيء ان شاء الله تعالى (و) الثالث
عشر (الوقف) بأن قال وقفت داري ان قدم فلان أو وقفت داري عليك ان أخبرتني بقدوم
فلان لانه ليس مما يحلف به أيضا فلا يصح تعليقه بالشرط (و) الرابع عشر (التحكيم) بأن قال
المحكمان اذا أهل الشهر أو قالا لعبد أو كافر اذا أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا وهذا عند
أبي يوسف وقال محمد يجوز تعليقه بشرط واضافته الى زمان فصار كالوكالة والامارة والقضاء
وله أن التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتبار أنه صلح لا يصلح تعليقه ولا اضافته وباعتبار
أنه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال (وما) أي والذي (لا يبطل بالشرط الفاسد) سبعة
وعشرون شيأ على ما ذكره الاول (القرض) بأن قال أقرضتك المائة هذه بشرط أن تخدمني
شهرا مثلا فانه لا يبطل بهذا الشرط وذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربا وأنه يختص بالمبادلة
المالية وهذه العقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة (و) الثاني
(الهبة) بأن قال وهبت لك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي (و) الثالث (الصدقة) بأن
قال تصدقت عليك بهذه المائة على أن تخدمني جمعة مثلا (و) الرابع (النكاح) بأن قال تزوجتك
على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل كما عرف في موضعه
(و) الخامس (الطلاق) بأن قال طلقتك على أن لا تتزوجي غيري (و) السادس (الخلع) بأن قال
خالعتك على أن يكون لي الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (و) السابع
(العتق) بأن قال أعتقتك على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام (و) الثامن (الرهن) بأن قال رهنت
عندك عبدي بشرط أن أستخدمه (و) التاسع (الايصاء) بأن قال أوصيت اليك على أن تتزوج
ابنتي (و) العاشر (الوصية) بأن قال أوصيت لك بثلث مالي ان أجاز فلان (و) الحادي عشر
(الشركة) بأن قال شاركتك على أن تهديني كذا (و) الثاني عشر (المضاربة) بأن قال ضاربتك
في ألف على النصف في الربح ان شاء فلان أو ان قدم فلان (و) الثالث عشر (القضاء) بأن قال

الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على أن لا تعزل أبدا (و) الرابع عشر (الامارة) بأن قال الخليفة وليتك امارة الشأم مثلا على أن لا تركب فهذا الشرط فاسد ولا تبطل امارته لهذا (و) الخامس عشر (الكفالة) بأن قال كفلت عن غريمك ان أقرضتني كذا (و) السادس عشر (الحوالة) بأن قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع على عند التوى (و) السابع عشر (الوكالة) بأن قال وكلتك ان أبرأت ذمتي عمالك على (و) الثامن عشر (الاقالة) بأن قال أقلتك عن هذا البيع ان أقرضتني كذا (و) التاسع عشر (الكتابة) بأن قال المولى لعبده كاتبتك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد أو على أن لا تعامل فلانا أو على أن تعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله أن يخرج من البلد ويعمل ماشاء من أنواع التجارة مع أي شخص شاء وذلك لان هذا الشرط غير داخل في صلب العقد وأما اذا كان داخلا في صلب العقد بأن كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به على ماعرف في موضعه (و) العشرون (اذن العبد في التجارة) بأن قال لعبده أذنت لك في التجارة على أن تتجر الى شهر أو على أن تتجر في كذا فان اذنه يكون عاما في التجارات والاوقات ويبطل الشرط (و) الحادي والعشرون (دعوة الولد) بأن قال لامته التي ولدت منه هذا الولد مني ان رضيت امرأتي بذلك (و) الثاني والعشرون (الصلح عن دم العمد) بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شئ بشرط أن يقرضه أو يهدي اليه شيأ فان الصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط (و) الثالث والعشرون (الصلح عن الجراحة) بأن صالح عن جراحة بشرط اقراض شئ أو اهداء شئ (و) الرابع والعشرون (عقد الذمة) بأن قال الامام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل (و) الخامس والعشرون (تعليق الرد بالعيب) بأن قال ان وجدت بالمبيع عيبا أرده عليك ان شاء فلان مثلا (و) السادس والعشرون تعليق الرد (بخيار الشرط) بأن قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو قال أسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح الرد ويبطل الشرط (و) السابع والعشرون (عزل القاضي) بأن قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل ويبطل الشرط لما ذكرنا أن هذه الاشياء كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة ثم اعلم أن الشيخ رحمه الله ذكر هنا ثلاثة أشياء الاول ما يبطل بالشروط الفاسدة الثاني ما لا يبطل بها الثالث ما لا يصح تعليقه بالشروط وبقي هنا ثلاثة أقسام أخرى الاول ما يجوز تعليقه بالشرط وهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة أو التوليات كالقضاء والامارة الثاني ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان وهو أربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والعتق والقضاء والامارة والطلاق والوقف والثالث ما لا يصح اضافته الى الزمان وهو تسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء من الدين لان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الصرف)

وهو النقل لغة ولهذا سمي من يتصرف في النقد بالنقل صرافا وصيرفا وصيرفيا ويجيء بمعنى الفضل أيضا ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض وفي الشرع (هو) أي الصرف (بيع بعض الاثمان ببعض) كالذهب والفضة اذا بيع أحدهما بالآخر أو بجنسه ثم شرع يبين حكمه بالفاء التفصيلية بقوله (فلو تجانسا) أي النقدان بأن يبيع أحدهما بجنس الآخر كالذهب بالذهب والفضة بالفضة (شرط التماثل) أي التساوي (والتقابض) قبل الافتراق (وان اختلفا) واصل بما قبله أي وان اختلف المتجانسان (جودة) أي من حيث الجودة (وصياغة) أي من حيث الصياغة والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى أن قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وأحمد وآخرون ولا فرق في ذلك بين أن يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق الحديث ثم اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد أو شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغي أن يكون القبض مقرونا بالعقد الا ان حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط أن يقبضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما أو أغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض أو بما يدل عليه (والا) أي وان لم يكونا من جنس واحد (شرط التقابض) فقط لما روينا (فلو باع الذهب بالفضة) بيعا (مجازفة صح) البيع لاختلاف الجنس لكن (ان تقابضا في المجلس) لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا وان افترقا قبل قبضهما أو قبل قبض أحدهما بطل لفوات الشرط وهو القبض ولو باع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب مجازفة ثم علم تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح خلافا لزفر (ولا يصح التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) أي قبل قبض الثمن ثم أوضح ذلك بالفاء بقوله (فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب) لان في تجويزه فساد القبض المستحق بالعقد وعن زفر يجوز لان النقود لا تتعين في العقود والفسوخ (ولو باع أمة مع طوق) في عنقها من فضة (قيمة كل) واحد من الامة والطوق (ألف) مثقال (بالفين) أي بألفي مثقال (ونقد) المشتري (من الثمن ألفا فهو) أي الالف المنقود (ثمن الطوق) لان حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف فيصرف اليه تصحيحا للعقد والمتأخر الى الامة قال الشارح وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمة كل ألف أي ألف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قل قيمتها أو كثر ثم قال الشارح بعد ذلك الا اذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان فضة والثمن ذهبا أو بالعكس قلت بين ذلك لاحد شيئين اما البيان انقسام الثمن على المثمن واما للاشارة الى أن الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان الطوق فضة والثمن ذهبا أو بالعكس (وان اشتراها) أي الامة (بألفين الف نقد والف نسيئة) بالجر فيهما على أنه بدل من ألفين ويجوز الرفع فيهما على أنه خبر مبتدا محذوف أي هما ألف نقد وألف نسيئة أو مبتدأ والخبر محذوف أي منهما ألف نقد وألف

نسيئة والمعنى أنه اشتراها بألف حالة وألف مؤجلة (فالنقد) وهو الالف الحالة (ثمن الطوق) لما ذكرنا ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع في الجميع عند أبي حنيفة وقالا يفسد في الطوق دون الجارية (وان باع سيفا حليته خمسون) أي تساوي خمسين درهما والباء في قوله (بمائة) تتعلق بقوله باع أي باع بمائة درهم (ونقد) المشتري من الثمن (خمسين) درهما (فهو) أي الخمسون (حصتها) أي حصة الحلية تحريا للجواز (وان لم يبين) المشتري أنه حصتها (أو قال) المشتري خذ الخمسين (من ثمنهما) أي من ثمن السيف والحلية لان التثنية قد تذكر ويراد بها الواحد منهما قال الله تعالى فنسيا حوتهما والناسي أحدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما (ولو افترقا) أي المتعاقدان في السيف (بلا قبض) شئ (صح) البيع (في) حصة (السيف) لعدم اشتراط القبض فيما يخصه (دونها) أي دون الحلية لان حصة الصرف يجب قبضه (ان تخلص) السيف (بلا ضرر) هذا شرط جواز البيع في السيف لانه اذا كان يتخلص بدون الضرر يقدر على تسليمه فيصير حينئذ نظير بيع الجارية مع الطوق (والا) أي وان لم يتخلص السيف الا بضرر (بطلا) أي البيعان بيع الحلية وبيع السيف لانه يصير حينئذ كبيع جذع من سقف وفي المحيط هذا اذا علم أن الفضة التي هي الثمن أكثر مما في الحلية والطوق وان علم أنها مثله أو أقل منه لا يجوز للربا وان كان مجهولا لا يجوز خلافا لزفر (ولو باع اناء فضة) بفضة أو ذهب (وقبض بعض ثمنه وافترقا) أي المتعاقدان (صح) البيع (فيما قبض) لانه صرف يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه طارئ (والاناء مشترك بينهما) أي بين العاقدين ولا يثبت للمشتري خيار العيب بالشركة لانها حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق (وان استحق بعض الاناء أخذ المشتري ما بقي) بعد حصة المستحق (بقسطه) أي بحسابه (أو رد) البيع لان الشركة في الاناء عيب لان التشقيص يضره فيثبت له الخيار والفرق بين المسئلتين ان الشركة في الاولى من جهة المشتري كما بينا وهنا كانت موجودة عند البيع مقارنة له فافهم (ولو باع قطعة نقرة) وهي قطعة فضة مذابة كذا في تهذيب الديوان فعلى هذا تكون الاضافة فيه من قبيل اضافة الجنس الى النوع والنقرة أيضا حفرة في الارض غير كبيرة ونقرة القفا كذلك (فاستحق بعضها) أي بعض النقرة (أخذ) المشتري (ما بقي) بعد حصة المستحق (بقسطه) أي بحسابه (بلا خيار) لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء كما ذكرنا لكن ان استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين) بأن يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وقال زفر والشافعي ومالك وأحمد في رواية لا يجوز هذا العقد أصلا لانه مقابلة اشتملت على مقابلة الجنس وبخلافه فلا يجوز (و) صح أيضا بيع (كر بر وشعير بضعفهما) بأن يبيعهما بكري بر وكري شعير فيجعل كر البر بكر شعير وكر الشعير بكر بر وفيه خلاف زفر والشافعي أيضا والتعليل من الجانبين ما مر (و) صح أيضا بيع (أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) فيجعل العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا للعقد (و) صح أيضا بيع (درهم صحيح ودرهمين غلة) بفتح الغين المعجمة وتشديد اللام وهو الذي يرده بيت المال ويقبله التجار وقال بعضهم دراهم غلة أي منكسرة (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) لانهما جنس واحد

فيعتبر

قوله فنسيا كذا بخط المصنف ومثله في الزيلعي والكافي والتلاوة بدون الفاء اهـ من هامش

فيعتبر التساوى فى القدر دون الوصف وفيه خلاف زفر والشافعى أيضا (و) صح أيضا بيع (دينار بعشرة) هى دين (عليه) أى على البائع (أو) باعه (بعشرة مطلقة) يعنى لم يقل بالعشرة التى عليه (ودفع) البائع (الدينار) الى المشترى (وتقاصا العشرة) التى هى الثمن (بالعشرة) التى هى دين وكلاهما جائز اما اذا قابل الدينار بالعشرة التى عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان تعيين أحد العوضين بالقبض فى الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا فى دين ساقط وأما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور ههنا استحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل الصرف فلا يجوز وجه الاستحسان انهما لما تقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافا الى العشرة الدين اذ لولا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف فتثبت الاضافة اقتضاء ولا فرق بين أن يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف أو حصل بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين سيجب والاول هو الاصح وههنا صورة أخرى وهى ان يبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث لمشترى الدينار عشرة على البائع بأن باع منه ثوبا بعشرة فيتقاصان فى المجلس ففيه روايتان فى رواية أبى حفص لا يجوز واختاره شمس الائمة السرخسى وقاضى خان وفى رواية أبى سليمان تجوز المقاصة واختاره فخر الاسلام والصدر الشهيد والزاهد العتابى (وغالب الفضة و) غالب (الذهب فضة وذهب) وهو من قبيل اللف والنشر المرتب ثم بين التفريع الذى بنى عليه بقوله (حتى لا يجوز بيع) الفضة (الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا) أى من حيث الوزن (ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا) لانهما لا يخلوان عن قليل غش للانطباع فيكون الحكم للغالب (وغالب الغش) من الذهب والفضة (ليس فى حكم الدراهم والدنانير) لان العبرة للغالب فى الشرع ثم بين التفريع الذى بنى عليه بقوله (فصح بيعها) أى بيع غالب الغش وانما أنث الضمير باعتبار الفضة (بجنسها) أى بالمغشوش مثلها بيعا (متفاضلا) سواء كان عددا أو وزنا لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذى فى الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف فى البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذى فى المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش (والتبايع) بالرفع عطف على قوله فيصح بيعها بجنسها أى وصح التبايع أى البيع والشراء (والاستقراض بما) أى بالذى (يروج) من غالب الغش من الذهب والفضة (عددا) أى من حيث العدد (أو وزنا) أى من حيث الوزن (أو بهما) أى بالعدد والوزن ان كان يروج بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لانهما لما كان الغالب فيهما الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادة الناس حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعدد فبالعدد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما (ولا يتعين) غالب الغش (بالتعيين) يعنى ما دامت تروج (لكونهما) أى لكون الذهب والفضة اللذان غلب عليهما الغش (أثمانا) بالاصطلاح فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى (ويتعين) غالب الغش (بالتعيين ان كانت لا تروج) لزوال المقتضى للثمنية

وهو الاصطلاح فتصير سلعة فتتعين به (والمتساوى) يعنى الذى استوى غشه وفضته أو غشه وذهبه حكمه (كغالب الفضة) وغالب الذهب (فى التبايع والاستقراض) حتى لايجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة ولا تتعين الا بالتعيين (و) حكمه (فى الصرف كغالب الغش) أى كحكم فضة غلب عليها الغش أو ذهب غلب عليه الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لايجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة ويشترط التقابض لانه صرف لوجود الفضة من الطرفين (ولو اشترى به) أى بغالب الغش (أو) اشترى (بفلوس نافقة) أى رائجة ماشية (شيأ وكسد) كل واحد من المذكورين (بطل البيع) عند أبى حنيفة فيجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا وعندهما البيع صحيح وبه قالت الثلاثة ثم قال أبو يوسف عليه قيمته يوم باع وبه يفتى وقال محمد عليه قيمته آخر ما تعامل الناس به وهو أحد قولى الشافعى لهما ان القبض مضمون فالكساد هالك فصار مضمونا بقيمته الا ان أبا يوسف نظر الى انه يجب القيمة عند البيع لانه مضمون بالبيع ومحمدا عند الانقطاع لانه حينئذ يتحول الى القيمة فيتعين يومئذ وله ان الثمنية تهلك بالكساد لانها ثابتة بالاصطلاح واذا بطلت بقى بيعا بغير ثمن فيبطل العقد وكذا على الخلاف اذا انقطعت عن أيدى الناس وحد الكساد ان تترك المعاملة بها فى جميع البلاد وان كان يروج فى بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم ترج فى بلدهم فيتخير البائع ان شاء أخذه وان شاء أخذ قيمته وحد الانقطاع أن لا يوجد فى السوق وان كان يوجد فى يد الصيارفة وفى البيوت وفى الفتاوى الصغرى تفسير الكساد ان لا تروج فى جميع البلدان ثم قال هذا على قول محمد أما عندهما الكساد فى بلدة يكفى لفساد البيع فى تلك البلدة بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا الاصطلاح بعض الناس وعنده لا لانه يعتبر اصطلاح الكل وقال أيضا لو كان مكانه نكاح يجب مهر المثل وفى المحيط دلال باع متاع الغير باذنه بدراهم معلومة فاستوفى الدراهم فقبل أن يدفع الى صاحب المتاع كسدت الدراهم لا يفسد البيع لان حق القبض له (وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين) العاقد لانها أموال معلومة وصارت ثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجب فى الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تتعين لانها صارت ثمنا بالاصطلاح وله أن يعطيه غيرها (و) البيع (بالكاسدة) أى بالفلوس الكاسدة (لا) يصح (حتى يعينها) لانها سلع فلا بد من تعيينها وفى شرح الطحاوى ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الفلوس أو الدراهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين فان كسدت الفلوس بعد ذلك ينظر ان كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشترى ابطاله فسخا لان كسادها بمنزلة عيب فيها والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقد النصف الآخر بطل البيع فى نصفها وله أن يسترد نصف الثمن ولو اشترى فاكهة أو شيأ بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها وقد قبض المبيع فسد البيع وله أن يرد المبيع اذا كان قائما أو قيمته أو مثله ان كان هالكا وروى عن أبى يوسف انه قال عليه قيمة الفلوس لا يفسد البيع (ولو كسدت أفلس القرض) بأن استقرض فلوسا

ثم

ثم كسدت (يجب) عليه عند أبي حنيفة (ردّ مثلها) أي مثل الكاسدة وعندهما يجب عليه ردّ قيمتها فعند أبي يوسف رد قيمتها يوم قبضها وعند محمد يوم كسادها لهما في وجوب القيمة ان في الكساد تعذر ردّها بوصفها فيجب قيمتها ثم اختلافهما في وجوبها يوم القبض والكساد فرع للاختلاف في غصب المثلي اذا انقطع وسيأتي ان شاء الله تعالى وله انّ المستقرض ملكها ضرورة الانتفاع بها ثم وجب ردّ المثل لتكون العين مردودة حكما والوصف لا يراعى في العين لصحة الردّ وان كانت قائمة يرد عينها بالاجماع (ولو اشترى شيأ بنصف درهم فلوس صح) الشراء وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وعلى هذا لو قال بثلث درهم أو بربعه أو بدانق فلوس أو بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز جميع ذلك الا بالعدد تحرزا عن جهالة الثمن ولنا ان ما يباع من الفلوس بين الناس بنصف درهم ونحوه معلوم منها فأغنى العلم به عن العدد وفي الاصل واذا اشترى الرجل من الفاكهة أو من الادام بدانق أو بدانقين فلوس أو بقيراط فلوس فهذا جائز وعليه من الفلوس ما سمى لانّ الدانق والقيراط معروف ولو اشترى شيأ من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك في القياس وهو في الدراهم أفحش هذا لفظ محمد في الاصل ولكن لم يصرح بالجواز وعدمه وقال في المختلف والحصر وعن أبي يوسف انه يجوز وعن محمد انه لا يجوز (ولو أعطى) شخص (صيرفيا درهما وقال أعطني به) أي بالدرهم (نصف درهم فلوسا و) أعطني (نصفا) يعني من الفضة (الا حبة) ناقصة من النصف (صح) هذا العقد فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة بطل في الكل عند أبي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة وأصل الخلاف انّ العقد يتكرر عنده بتكرر اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع وقال القدوري ومن أعطى الصيرفي درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما وقال أبو نصر الاقطع هذا غلط من الناسخ لان العقد فيه فاسد عند أبي حنيفة وعندهما جائز في الفلوس فاسد في قدر النصف الآخر على اختلافهم في الصفقة الواحدة اذا تضمنت الصحيح والفاسد وقال في المنهاج للامام شرف الدين أبي حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي اذا دفع درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم الا حبة جاز البيع في حصة الفلوس وبطل في حصة الفضة قيل وعلى قياس قول أبي حنيفة يفسد في الكل وذكر القدوري انه يجوز البيع فكانت الفلوس والنصف الا حبة بدرهم والله أعلم بالصواب

هذا (كتاب) في بيان (أحكام الكفالة)

وهي في اللغة الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وفي الشرع (هي) أي الكفالة (ضم ذمة الى ذمة في المطالبة) يعني في حق المطالبة وفي رواية من الاصحاب انّ موجبها موجب الدين على الكفيل وهذا غير صحيح لانه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفى الا أحدهما والصحيح هو الاول وعليه الائمة الاربعة الا رواية عن أحمد انّ الدين ينتقل في الكفالة

عن الميت ونقل الشيخ أبو حفص رحمه الله ان الدين يسقط عن الاصل بالكفالة عند مالك والمشهور عنه خلاف ذلك (وتصح) الكفالة (بالنفس وان تعددت) الكفالة بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا يجوز اذا تعددت النفوس المكفول بها أيضا كما يجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لاسيما اذا تكفل بغير أمره ومشهور مذهبه كمذهبنا لقوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم رواه الدارقطني والزعيم الكفيل من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس وبه قال أحمد وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وحمزة بن عمرو الاسلمي وجرير بن عبد الله وأبي بن كعب وعمران بن الحصين والاشعث بن قيس رضي الله عنهم والباء في قوله (بكفلت بنفسه) تتعلق بقوله وتصح لانه حقيقة في معناها (و) تصح أيضا (بما عبر) من أعضائه (عن البدن) كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده فان قال تكفلت برأسه أو وجهه ونحوهما صحت الكفالة لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا (و) تصح أيضا (بجزء شائع) منه بأن قال تكفلت بثلثه أو ربعه أو خمسه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها (و) تصح أيضا بقوله (ضمنته) لانه تصريح بموجب الكفالة (و) تصح أيضا بقوله (على) لانه صيغة الالزام (و) بقوله (الى) لانه في معنى على في هذا الموضع (و) تصح أيضا بقوله (أنا زعيم) أى كفيل (به) أى بفلان (و) بقوله أنا (قبيل به) أى بفلان لان القبيل هو الكفيل ولهذا يسمى الصك قبالا لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل (لا) يصير كفيلا (بأنا) أى بقوله أنا (ضامن لمعرفته) أى بمعرفة فلان وقال أبو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يرون به الكفالة ولهما انه التزم معرفته دون المطالبة فصار كانه قال أوقفك عليه وكذا لو قال أنا ضامن لان أدلك عليه أو لان أدل على منزله لا يكون كفالة ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ كذا في شرح الشافي وفي الفتاوى الصغرى اذا قال لآخر آشناى فلان برمن قال الفقيه أبو جعفر يكون كفيلا وقال الفقيه أبو الليث لا وعليه الفتوى وفي الواقعات الفتوى على أنه يصير كفيلا ولو قال آشناى من است أو قال آشنا يست صارت كفالة بالنفس عرفا ولو قال انچه ترا بر فلان است من بدهم لا يكون كفالة لانه وعد كذا في مأذون شيخ الاسلام خواهر زاده (فان شرط) الكفيل (تسليمه) أى تسليم المكفول عنه (في وقت بعينه أحضره فيه) أى في ذلك الوقت (ان طلبه) المكفول له في ذلك الوقت أو بعده لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه عند حلول الاجل أو بعده (فان أحضره) أى فان أحضر الكفيل المكفول عنه ان طلبه المكفول له فبها (والا) أى وان لم يحضره (حبسه الحاكم) لامتناع ما وجب عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لاحتمال انه ما عرف لماذا يدعى فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظالم وهو ليس بظالم قبل المماطلة (فلو غاب) المكفول بنفسه (أمهله) الحاكم (مدة ذهابه وايابه) أى رجوعه (فلو مضت) المدة (ولم يحضره حبسه) الحاكم الا عند مالك لو سافر بعيدا لا من شأنه ذلك السفر سقط طلبه وفي الايضاح اذا ظهر عجزه لا يحبس الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله (وان غاب) المكفول بنفسه (و) الحال

انه (لم يعلم مكانه لا يطالب) الكفيل (به) أى بالمكفول بنفسه بالاجماع لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه وان اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع وان لم يعرف منه ذلك المكان فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضى الى أن يظهر عجزه وان أقام الطالب بينة انه فى موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه وفى الذخيرة ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم موادعة ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا اذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه والا لا يؤاخذ به ثم فى كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الآخر فيضيع حقه (فان سلمه) أى فان سلم الكفيل المكفول بنفسه (بحيث) أى بمكان (يقدر المكفول له ان يخاصمه) أى أن يخاصم المكفول بنفسه (كمصر) أى كما اذا أسلمه فى مصر (برئ) الكفيل من الكفالة لانه أتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وسواء كان التسليم غير مشروط فى وقت أو كان مشروطا فيه فسلمه فى ذلك الوقت أو قبله ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فأنت أعلم بشأنه فخذه ان شئت ثم لا يخلو اما أن يسلمه بعد طلبه أو لا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة وان سلمه بغير طلبه فلا يبرأ حتى يقول سلمته اليك بجهة الكفالة (ولو شرط) المكفول له (تسليمه) أى تسليم المكفول بنفسه (فى مجلس القاضى يسلمه) أى يسلم المكفول بنفسه (ثم) أى فى مجلس القاضى لان الشرط مقيد فيلزمه على الوجه الذى التزمه وان سلمه فى السوق برئ وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى فى زماننا وان سلمه فى برية أو فى سواد لا يبرأ وان سلمه فى مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة خلافا لهما والثلاثة ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ (وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت المطلوب) وهو المكفول بنفسه لانه برئ بموته وبراءته براءة الكفيل وعند مالك وبعض الشافعية يلزمه ما عليه (و) بموت (الكفيل) للعجز لان التسليم لا يتحقق منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفون فى ماله لا فيما عليه وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان حكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول له ان كانت الكفالة بأمره والا فلا (لا) تبطل بموت (الطالب) وهو المكفول له لان وصيه أو وارثه يخلفه فلا يبطل حقه (وبرئ) الكفيل (بدفعه) أى بدفع المكفول بنفسه (اليه) أى الى المكفول له (وان لم يقل) وقت التكفيل (اذا دفعته اليك فأنا برئ) لان موجب التسليم البراءة فتثبت به وان لم ينص عليها ولا بد من أن يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة أو استعانة أو اجارة الا اذا كان بطلبه فحينئذ لا يحتاج فيه الى أن ينص لتقدم ما يدل عليه ولو سلم الكفيل المكفول بنفسه الى الطالب فأبى أن يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخلية (و) برئ الكفيل أيضا (بتسليم المطلوب) أى المكفول بنفسه (نفسه) الى المكفول له (من كفالته) يعنى بتسليمه بحكم

كفالته لانه قد يكون بغير حكم الكفالة فلا بدّ أن يقول سلمت نفسي اليك بحكم الكفالة على ما بينا (و) برئ الكفيل أيضا (بتسليم وكيل الكفيل) المكفول بنفسه الى المكفول له لانه يقوم مقامه (و) كذا بتسليم (رسوله) أى رسول الكفيل لانه سفير عنه فيكون فعله كفعله ولكن شرط البراءة أن يقول كل منهما سلمت اليك بحكم الكفالة على ماذكرنا ولكن الشيخ نص عليه فى تسليم المطلوب فقط وكذا نص عليه فقط فى فتاوى قاضى خان وفى المبسوط نص عليه فى الكفيل ووكيله ورسوله (فان قال) الكفيل (ان لم يواف به) أى المكفول بنفسه (غدا) أى فى غد (فهو ضامن لما عليه) أى لما على المكفول بنفسه (فلم يواف) الكفيل (به) أى بالمكفول بنفسه فى غد حتى مضى الغد (أو مات المطلوب) أى المكفول بنفسه (ضمن) الكفيل (المال) فى الصورتين لانّ الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الوفاء فاذا وجد الشرط لزم المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنتفى بوجودها وكذا يلزم المال بموت المطلوب لانّ عدم الموافاة لا تختلف باختلاف السبب وعند الشافعى الكفالتان باطلتان أما الكفالة بالنفس فلا تجوز عنده وقد بينا وأما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وبه قال مالك قلنا انّ الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وباب الكفالة أوسع لكونه من التبرعات فان قلت اذا مات الكفيل فى هذه المسئلة كيف يكون الحكم قلت قد ذكر قاضى خان فى فتاواه ان وارثه بمنزلة الكفيل ان دفعه الى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعنى من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع الكفيل المكفول بنفسه الى وارث الطالب فى الوقت برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت لزمه المال (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم يواف به) أى بالمدعى عليه (غدا فعليه) أى فعلى (المائة) والضمير يرجع الى الرجل (فلم يواف به) الرجل (به) أى بالمدعى عليه (غدا) حتى مضى (فعليه) أى فعلى الرجل (المائة) وهى مائة دينار التى ادعى بها عندهما ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها بأن ادعى رجل على آخر فقال لى عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال رجل آخر دعه فأنا كفيل بنفسه فان لم أوافك به غدا فعلى مائة دينار فادّعى المدعى وأثبته لزم الكفيل وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت اليه فى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح الكفالة بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما انّ المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال فى الدعاوى فيصح على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتتبين صحة الكفالة الاولى فتترتب عليها الثانية (ولا يجبر على الكفالة بالنفس فى حد) أى حد كان (وقود) أى قصاص عند أبى حنيفة وقالا يجبر فى حدّ القذف والقصاص وفى غيرهما من الحدود لا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما انّ حدّ القذف مشتمل على حق العبد والقصاص خالص حق العباد فيجبر وله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة فى حد مطلقا والحق التمرتاشى حدّ السرقة بحدّ القذف والقصاص فى جواز التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفى الاجبار عليه عندهما وليس تفسير الجبر عندهما ههنا أن يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يأمره بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا أراد دخول

داره استأذنه فان أذن له دخل معه وان لم يأذن له منعه من الدخول وأجلسه فى باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر (ولا يحبس) المطلوب (فيهما) أى فى الحد والقصاص (حتى يشهد شاهدان) مستوران (أو) يشهد واحد (عدل) يعرفه القاضى بالعدالة لان الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة فى الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة الواحد التهمة وان لم يثبت به أصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه مالم يثبت وعنهما أنه لا يحبس فى الحدود والقصاص أيضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة وفى الاجناس فى التعزير لا يحبس حتى يسأل عن عدالة الشهود وتقبل فيه الشهادة على الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال ويجوز فيه العفو وتصح فيه الكفالة وهى حق الآدمى وفى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة فى الذى يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة احبسه وأؤدبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فانى أحبسه وأجلده فى السجن الى أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه ولما فرغ عن بيان الكفالة بالنفس شرع فى بيان الكفالة بالمال فقال (و) تصح الكفالة (بالمال) وهو عطف على قوله وتصح بالنفس فى أول الكتاب وقوله (ولو) كان المال (مجهولا) واصل بما قبله لان مبناها على التوسعة فيجوز مطلقا وعند الشافعى فى الاصح وأحمد فى رواية لا يصح فى المجهول ويأتى الآن صورته وقيد بقوله (اذا كان) الذى تكفل به (دينا صحيحا) احترازا عن بدل الكتابة فان الكفالة به لا تجوز لانه ليس بدين صحيح ألا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه والباء فى قوله (بكفلت) يتعلق بالمحذوف أى يصح الكفالة بالمال بقوله كفلت (عنه) أى عن فلان (بألف) درهم هذا مثال المعلوم (و) يصح أيضا بقوله كفلت عنه (بمالك) أى بالذى ثبت لك (عليه) أى على فلان هذا مثال المجهول (و) تصح أيضا بقوله كفلت عنه (بما يدركك فى هذا البيع) يعنى اذا استحق المبيع من يد المشترى ولزمه غرامة الثمن (و) تصح أيضا بقوله (ما بايعت فلانا فعلى و) بقوله (ماذاب) أى ما ظهر ووجب (لك عليه) أى على فلان (فعلى و) بقوله (ما غصبك فلان فعلى) وانما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لانه اذا كان أحدهما مجهولا لا تصح الكفالة فقال فى شرح الطحاوى ولو قال لرجل ما ذاب لك على أحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون عنه وكذلك لو قال ما ذاب عليك لاحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون له وفى نوادر هشام عن محمد لو قال لآخر ما غصبك فلان أو ما سرقك فانى له ضامن جاز ذلك الضمان ولو قال ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن فهو باطل حتى يسمى انسانا بعينه وفى المجرد قال أبو حنيفة لو قال رجل لرجل ما بايعت فلانا فعلى فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه فى أول مرة ولا يلزمه ما بايعه بعده وفى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله وفى الخلاصة رجل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك أو جحد فأنا ضامن لك صح ولو قال ان قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح بخلاف قوله ان أكلك سبع اه واذا كان الامر كذلك (وطالب) المكفول له (الكفيل) ان شاء (أو) طالب (المديون) أو طالب كلاهما جميعا لانه موجب الكفالة اذ هى تنبى على الضم وذلك يقتضى بقاء الاول لا البراءة (الا اذا شرط) المديون (البراءة فحينئذ

تكون) الكفالة (حوالة) فلا يطالب الاصيل الا بالتوى عندنا خلافا للشافعي والتوى أحد
الامرين أو أحد الامور الثلاثة على ما يجيء ان شاء الله تعالى (كما أن الحوالة) وهي نقل دين من
ذمة الى ذمة (بشرط أن لا يبرأ بها) أي بالحوالة (المحيل) وهو المديون (كفالة) فحينئذ للطالب
أن يطالب الكفيل أو المحيل لانه كفالة فيتخير في طلب أيهما شاء وهو معنى قوله (ولو طالب) أي
الاصيل (أحدهما له ان يطالب الآخر) لانه مقتضى الكفالة بخلاف المغصوب منه اذا اختار
أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك
من الآخر بعد ذلك (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم) أي موافق وهو أن يكون الشرط سببا
لوجوبه (كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع) أي كقوله ان استحق المبيع مستحق فعلي
الثمن فان استحقاق المبيع شرط وجوب الحق في ذمته وجاز التعليق به لملايمته الشرط (أو)
كشرط (لامكان الاستيفاء كان قدم زيد) أي كقوله ان قدم زيد فعلي ما عليه من الدين وهو معنى
قوله (وهو) أي زيد (مكفول عنه) والواو للحال (أو) كشرط (لتعذره) أي لتعذر الاستيفاء
(كان غاب) أي كقوله ان غاب زيد (عن المصر) فعلي ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي
يجوز تعليق الكفالة بها (ولا يصح) تعليق الكفالة (بنحو ان هبت الريح) أو ان نزل المطر لانه
تعليق بالخطر فلا يصح كالبيع وذكر في الهداية والكافي انه ان علق به تصح الكفالة ويجب المال
حالا وهذا سهو لان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو
علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ثم لو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح ونحوه
لا يصح التأجيل ويجب المال حالا أشار اليه بقوله (فان جعل) أي نحو ان هبت الريح (أجلا)
في الكفالة (تصح الكفالة ويجب المال حالا) لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل بالشرط
الفاسد كالطلاق والعتاق وكذلك الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملائم كالكفالة بالمال
في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تأجيلها الى أجل معلوم والجهالة
اليسيرة فيها متحملة كالتأجيل الى القطاف وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح أو نزول
المطر فان أجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس حالا (فان كفل) رجل (بما) أي بالذي
(له) أي لزيد مثلا (عليه) أي على عمرو مثلا (فبرهن) أي زيد أي أقام بينة (على ألف) أي على ان
له ألف درهم (لزمه) أي الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا (والا) أي وان لم يقم بينة
(صدق الكفيل فيما أقر به) قليلا كان أو كثيرا (بحلفه) أي بيمينه لانه منكر للزيادة التي يدعيها
الطالب والقول قول المنكر مع يمينه (ولا ينفذ) بالتشديد (قول المطلوب) وهو المكفول عنه (على
الكفيل) يعني اذا أقر المطلوب بأكثر مما أقر به الكفيل لا يسري كلامه على الكفيل لعدم ولايته
عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ الا عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي
فأقر فلان على نفسه بألف مثلا فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا
والقياس أن لا يلزمه شيء ولكن تكفل بما يتقرر عليه في المستقبل وقد تقرر عليه باقراره
وههنا تكفل بما عليه في الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان متهما فلا يصدق
الا ببينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه (فان كفل بأمره) أي بأمر المطلوب
(رجع) الكفيل (بما أدى عليه) أي على المطلوب لانه قضى دينا عليه بأمره ومعناه اذا أدى

ماضمن اما اذا أدّى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيدا فأدّى رديئا أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدّى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث بأن مات الطالب والكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهي جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينقل اليه الدين بمقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدّى ان أدّى أردأ من الدين وان أدّى أجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شئ فى ذمته وانما يثبت له حق الرجوع بالاداء بأمره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدّى مالم يخالف أمره بالزيادة وبأداء جنس آخر وبخلاف ما اذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما أدّى الا اذا صالحه على أن يهبه الباقى ففعل فحينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة (وان كفل بغير امره) أى بغير أمر المطلوب (لم يرجع) عليه لانه متبرع بأدائه وعند مالك وأحمد فى رواية يرجع (ولا يطالب) الكفيل (الاصيل) وهو المكفول عنه (بالمال) المكفول به (قبل ان يؤدّى) الكفيل المال (عنه) أى عن الاصيل لانه يتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه من الموكل بمنزلة البائع من المشترى فيما يرجع الى الحقوق (فان لوزم) الكفيل من جهة الطالب (لازمه) أى لازم هو الاصيل أيضا حتى يخلصه وكذا اذا حبس له أن يحبسه لانه من جهته (وبرئ الكفيل) عن المطالبة بالمال (بأداء الاصيل) لان براءته توجب براءة الكفيل (ولو أبرأ) الطالب (الاصيل) وهو المطلوب (أو أخر) الطالب (عنه) أى عن الاصيل بان أجل دينه (برئ الكفيل) فى الصورة الاولى (وتأخر) الدين (عنه) أى عن الكفيل يعنى يتأجل فى حقه ايضا لانه ليس عليه الا المطالبة وهى تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتأخر بتأخره (ولا ينعكس) أى الحكم المذكور وهو ان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخيره عنه يوجب التأخير عن الاصيل لانه ليس عليه دين واسقاط المطالبة أو تأخير الدين لا يوجب سقوطه (ولو صالح أحدهما) أى الاصيل أو الكفيل (رب المال عن الالف) الذى هو دين (على نصفه) أى على نصف الالف وهو خمسمائة درهم (برئا) أى الاصيل والكفيل اما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح يبرأ وبراءته توجب براءة الكفيل وأما اذا صالح الكفيل فلأن اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل فيبرأ الاصيل ضرورة فبراءته توجب براءة الكفيل فاذا برئ عن خمسمائة فان أدّى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع على الاصيل بها ان كان بامره والا فلا يرجع وهذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يذكرا فى الصلح براءتهما فيبرآن جميعا أو براءة الاصيل فكذلك أو لم يشترط شئ فكذلك أو شرط أن يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على حاله على الاصيل (وان قال الطالب للكفيل برئت الىّ من المال) الذى كفلت به (رجع) الكفيل (على المطلوب) وهو المكفول عنه بالمال لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل فكأنه قال دفعت الىّ أو قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من الكفيل (و) فى قول الطالب للكفيل (برئت) من غير قوله الىّ (او) فى قوله له (ابرأتك لا) يرجع الكفيل على الاصيل اما فى قوله ابرأتك فلأنه اسقاط

لا تعلق له بغيره واما قوله برئت بدون الى فهو كقوله برئت الى عند أبى يوسف وعند محمد مثل قوله أبرأتك (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) بأن قال الطالب اذا قدم زيد فأنت برئ من الكفالة فانه لا يصح لان فى الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد وبخلاف الابراء عن الدين لان فيه معنى التمليك (والكفالة) بالرفع عطف على قوله تعليق البراءة أى بطل الكفالة (بحد وقود) أى قصاص لانه لا يتحقق اذا أقيم على غير الجانى هذا اذا كفل بنفس الحد فلو كفل بنفس من عليه الحد يصح (ومبيع) أى وبطل الكفالة أيضا بمبيع فى يد البائع لانه قبل القبض ليس بمضمون بنفسه والمراد الكفالة بعين المبيع لانه اذا كفل بتسليم المبيع جاز لانه ممكن (ومرهون) أى وكذا لا يصح بمرهون فى يد المرتهن لانه غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وليس هو بواجب على الاصيل (وأمانة) أى وكذا لا يصح بأمانة لانها ليست بمضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها وهى كالودائع والمضاربات والشركات (وصح) أى التكفيل يعنى الكفالة (لو) كان المكفول به (ثمنا) أى ثمن مبيع لانه دين صحيح على المشترى (و) كذا اذا كان (مغصوبا) لانه مضمون بعينه (و) كذا اذا كان (مقبوضا على سوم الشراء) أى على طلبه لانه مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فأمكن ايجابه على الكفيل (و) كذا اذا كان (مبيعا فاسدا) لان المقبوض فى البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك يجب عليه قيمته (وحمل دابة) بالجر عطف على قوله بحد وقصاص أى بطل الكفالة بحمل دابة (معينة مستأجرة) بأن استأجرها شخص للحمل عليها فكفل رجل بالحمل فانه لا يجوز لانه عاجز عن الحمل عليها بتقدير هلاكها واذا كانت غير معينة يجوز لانه قادر على ذلك على أى دابة شاء والحمل هو المستحق عليه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز للقدرة عليه (وخدمة عبد) بالجر أيضا عطف على حمل دابة أى وتبطل الكفالة أيضا بخدمة عبد (استؤجر للخدمة) لعدم القدرة عليه كما ذكرنا وفى المبسوط لو تكارى دابة أو عبدا وعجل الاجرة ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيلا بذلك حتى يدفعه اليه فان الكفيل يؤاخذ به مادام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما يجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك المستأجر لم يكن له على الكفيل شئ لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالاجر (و) لا تصح الكفالة أيضا (بلا قبول الطالب) وهو المكفول له (فى مجلس العقد) عندهما لانه تصرف فى حق المكفول له فلا يصح الا بقبوله ورضاه وقال أبو يوسف هى جائزة لازمة لانه لم يشترط حضور المكفول به ولا حضور المكفول عنه فلا يشترط حضور المكفول له وبه قالت الثلاثة والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط فى المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فأجاز جاز (الا أن تكفل وارث المريض عنه) أى عن المريض بما عليه من الدين

للغرماء مع غيبتهم فانه جائز عندهما أيضا استحسانا وان كان القياس يأباه على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله وجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بأن يقضوا دينه فتصح ولو ضمن عنه الاجنبي قيل لا يجوز وقيل يجوز فاذا قضى دينه بأمره يرجع به في تركته (و) لا تصح الكفالة أيضا (عن ميت مفلس) بأن لم يترك مالا وعليه ديون عند أبي حنيفة وقالا يجوز لانه كفالة بدين ثابت لان الموت لا يوجب سقوط الدين وبه قالت الثلاثة وله أنه كفل بدين ساقط فلا يصح (و) لا تصح أيضا (بالثمن للموكل) صورته اذا وكل رجل رجلا ببيع شئ فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري لم يجز لان حق القبض الى الوكيل وعند الثلاثة يصح (و) لا تصح أيضا بالثمن لاجل (رب المال) صورته ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه عن المشتري فانه لا يصح لان المضارب بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت رب المال وبعزله فيكون ضامنا لنفسه فلا يصح (و) لا يصح أيضا بالثمن (للشريك اذا بيع عبد صفقة) يعني في عقد واحد صورته باع رجلا عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن أحدهما الشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن الا وللشريكه فيه نصيب بخلاف ما اذا باعه صفقتين بأن سمى كل واحد منهما النصيبه ثمنا حيث يصح ضمان أحدهما فيه للآخر لان نصيب كل منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة (و) لا تصح أيضا (بالعهدة) صورتها أن يشتري عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشتري رجل بالعهدة ويسكتان على ذلك ولم يبينا ما هي وانما لا تجوز للجهالة لان العهدة اسم مشترك يقع على الصك القديم لانه وثيقة وهو ملك البائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح وعلى العقد لانه مأخوذ من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخبر عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم (و) لا يصح أيضا ضمان (الخلاص) عند أبي حنيفة وقالا يجوز ومعناه عندهما لو استحق المبيع فعليه شراؤه وتسليمه الى المشتري أو تخليصه ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وبه قالت الثلاثة وأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان أجاز المستحق البيع ورد الثمن ان لم يجز (ومال الكتابة) أي ولا يصح أيضا بمال الكتابة لانه ليس بدين صحيح لانه على شرف السقوط بتعجيزه نفسه فلا يمكن اثباته على الكفيل الا رواية شاذة عن أحمد انه يصح

* هذا (فصل) في مسائل متفرقة من جنس هذا الباب (ولو اعطى المطلوب الكفيل) أي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل (قبل أن يعطي الكفيل الطالب) أي المكفول له (لا يسترد) المكفول عنه (منه) أي من الكفيل لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقيا بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة في يده ولكن

لا يكون للاصيل أن يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه مالم يقبض دينه (وماربح الكفيل) من المال الذى قبضه من المطلوب قبل أن يعطى هو للطالب فهو (له) أى للكفيل يعنى طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو أو الاصيل الا أن فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند أبى حنيفة وان قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قولهما خلافا لابى يوسف وأصل الخلاف فى الربح بالدراهم المغصوبة (وندب) أى استحب (رده) أى رد الربح (على المطلوب) وهو المكفول عنه (لو) كان الذى أخذه منه (شيأ يتعين) كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول أبى حنيفة وعنه أنه يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض وله ان الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين فيتصدق به فى رواية على الفقراء وفى رواية يرده على الاصيل لان الكراهية لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه أنه يطيب له هذا اذا أعطاه على وجه القضاء لدينه وان أعطاه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه (ولو أمر) الاصيل (كفيله ان يتعين عليه حريرا) أى أن يبيع العينة وهى أن يقول له اشتر من الناس حريرا أو غيره من الانواع ثم بعه فما ربح البائع منك وخسرته أنت فعلى وصورته أن يأتى هو الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوى عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو فى السوق بعشرة فيصل الى العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر الى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التى أقرضه على انها ثمن الثوب فتبقى عليه الخمسة عشر قرضا (ففعل) الكفيل ذلك (فالشراء) يكون (للكفيل والربح) الذى ربحه التاجر (عليه) أى على الكفيل ولا يلزم الآمر شئ من ذلك لانه اما ضامن لما يخسر نظرا الى قوله على والضمان بالخسران لا يجوز لان الضمان لا يكون الا بمضمون واما توكيل بالشراء نظرا الى الامر به فلا يجوز أيضا لجهالة الحرير وثمنه وهذا النوع من البيع يسمى عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة أى نسيئة من عين الميزان وهو ميله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هى شراء ماباع بأقل مما باع وقيل لما فيها من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح الانفس وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع أذناب البقر الزراعة (ومن كفل عن رجل بما ذاب) أى ظهر ووجب (له) أى لفلان (عليه) أى على الرجل (أو) كفل عن رجل (بما قضى له) أى لفلان (عليه) على الرجل (فغاب المطلوب) وهو المكفول عنه (فبرهن المدعى) أى أقام بينة (على الكفيل ان له على المطلوب الفا لم تقبل) بينته لانه كفل مالا يجب فى المستقبل بالقضاء أو بأى سبب كان وذلك لم يوجد والقضاء على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيأ (ولو برهن) رجل أى أقام بينة عند القاضى على رجل (ان له على زيد كذا) من المال (وان هذا) أى الذى أحضره عند القاضى (كفيل عنه) أى عن زيد (بأمره) وزيد غائب (قضى به)

أي بالبرهان أي البينة (عليهما) أي على زيد وعلى الذي أحضره وأقام عليه البينة انه كفيل عنه فان قلت القضاء على الغائب لا يجوز فكيف يقضي ههنا اذا كانت الكفالة بأمره قلت اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر الا باثباته على الغائب يجوز القضاء على الغائب كما اذا ادعى عبد ان الحاضر اشتراه من مولاه الغائب ثم أعتقه فأنكر الحاضر الشراء والاعتاق كان الحاضر خصما عن مولاه حتى اذا أثبت العبد الشراء والعتق نفذ على الغائب حتى اذا حضر ليس له ان يدعيه (ولو) برهن أنه كفل عنه (بلا أمر) الغائب (قضى على الكفيل فقط) يعني لا يقضي على الغائب لان المدعى هنالك مال مطلق فأمكن اثباته بخلاف ما تقدم (وكفالته) أي أي كفالة رجل للمشتري عن البائع اذا باع له دارا مثلا (بالدرك) وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع (تسليم) للمبيع واقرار منه انه لا حق له فيه حتى لو ادعى مع ذلك أن الدار ملكه أو ادعى فيها الشفعة أو الاجارة لا تسمع دعواه لان اقدامه اقرار بأن البائع مالك لها وقت البيع فلا يصح دعواه بعد ذلك (وشهادته) أي شهادة الرجل المذكور في الصورة المذكورة يعني كتابة شهادته (وختمه لا) يكون تسليما حتى اذا ادعاه بعده تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها ما يدل على انه أقر للبائع بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة أو ينظر في البيع حتى اذا رأى فيه مصلحة أجازه وليس فيها ما يدل على نفاذه الا اذا شهد عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك وقوله وختمه وقع على اعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف بين أن يكون الصك مختوما أو غير مختوم (ومن ضمن عن آخر خراجه) قيل المراد به الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بأن يوظف الامام كل سنة في مال على ما يراه لا خراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب في الذمة وفي الغاية أما الخراج فانما صح الضمان به لانه دين مضمون حقا للعبد يطالب به ويحبس فصار ضمانه كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة فانه لا يصح في الاموال الظاهرة والباطنة جميعا والخراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون دينا وليس الزكاة بدلا عن شئ آخر فلا تكون دينا (أو رهن به) أي بالخراج (أو ضمن نوائبه) أي نوائب الآخر وهي ما تكون بحق كأجرة الحراس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وقيل أريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا تأخذها الظلمة بغير حق فان كان مراد الشيخ هو الاول جازت الكفالة بلا خلاف لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقيل لا تجوز الكفالة بها وهو قول صدر الاسلام أيضا وقيل تجوز وهو قول فخر الاسلام علي البزدوي أيضا لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها (و) ضمن (قسمته) والرواية الصحيحة أو قسمته وهي ما أصاب الواحد من النوائب لان القسمة هي النصيب وقيل هي النوائب بعينها غير ان القسمة ما يكون راتبا والنوائب ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة اذا لم يكن في بيت المال شئ وقيل هي أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمن انسان لانها واجبة وقيل معناها اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه وقال الفقيه أبو الليث السمرقندي ذكر عن أبي بكر بن أبي سعيد أنه قال وقع هذا

الحرف غلطا لامعنى له لان القسمة مصدر والمصدر الفعل غير مضمون قلت دعوى الغلط غلط لان القسمة اسم لانه بمعنى النصيب كما فى قوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب أو بمعنى النائبة وهى أيضا اسم أو بمعنى أجرة القسام وهى أيضا اسم (صح) هذا الضمان وصح هذا الرهن أيضا وهو جواب قوله ومن ضمن (ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة) درهم (الى شهر فقال له) الآخر وهو المقر له صدقت ولكن (هى) أى المائة (حالة) فأنكر الاجل (فالقول للضامن) وهو المقر لانه أقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعى عليه المطالبة فى الحال وهو منكر فالقول قوله بخلاف ما اذا أقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر أقر بدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة وعند الشافعى القول للمقر فيهما لان الاجل وصف فيهما وفى الاوصاف القول للمقر وقال أبو يوسف القول للمقر له فيهما رواه عنه ابراهيم ابن يوسف لان المقر قد أقر له بحق ثم ادعى تأخيره فلا يصدق الا بحجة (ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك) وهو أن يضمن الثمن عند ظهور المستحق (فاستحقت) أى الامة (لم يأخذ المشترى الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه مالم يفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشترى وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه وعن أبى حنيفة أن المبيع ينتقض بمجرد الاستحقاق وعن أبى يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بها له وعن أبى يوسف ان أخذ العين بعد الحكم دليل الفسخ والاول هو الظاهر

* هذا (باب) فى بيان أحكام (كفالة الرجلين والعبدين) *

لرجل (دين عليهما) أى على اثنين بأن اشتريا منه عبدا (وكل) واحد منهما (كفل عن صاحبه فما) أى كل شئ (أداه احدهما) أى لاثنين (لم يرجع على شريكه) حتى يزيد ما يؤديه على النصف (فان زاد) ما أداه (على النصف رجع بالزيادة) لان كل واحد منهما فى النصف أصيل وفى النصف كفيل فما يؤديه يصرف الى ما عليه اصالة (وان كفلا) أى الاثنان (عن رجل) بأن كان على رجل دين ألف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد (وكفل كل) واحد من الاثنين (عن صاحبه) بما لزمه بالكفالة والكفالة عن الكفالة جائزة كما يجوز عن الاصيل (فما ادى) أحدهما (رجع بنصفه على شريكه) ثم يرجعان على الاصيل ان شاء لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شائعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه (أو) ان شاء رجع هو (بالكل على الاصيل) لانه كفل بالجميع بأمره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع وأما اذا كفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهى كالمسئلة الاولى فى الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدى مالم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان

الدين ينقسم عليهما نصفين ولا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما
عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف (وان ابرأ الطالب
أحدهما) أى أحد الاثنين (آخذ) الطالب (الكفيل) الآخر (بكله) أى بكل المال لان
ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فيبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله
فيأخذه به (ولو افترق المفاوضان) أى الشريكان شركة المفاوضة (أخذ الغريم ايا) أى الاثنين
(شاء بكل الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر على ما مر فى الشركة (ولا يرجع) المأخوذ
منهما على صاحبه (حتى يؤدى اكثر من النصف) لما بينا فى كفالة الرجلين (وان كاتب) شخص
(عبديه كتابة واحدة وكفل كل) واحد من العبدين (عن صاحبه فأدى احدهما رجع)
على صاحبه (بنصفه) أى بنصف ما أدى وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لان فيه كفالة
المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع أولى وجه
الاستحسان ان تصرف المكاتب يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة
بأن يجعل المال كله على كل واحد منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الآخر معلق بادائه
فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فأيهما أدى عتق وعتق
الآخر تبعا له كما فى ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل فى حق صاحبه لانقسام المال
عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة وكفالة المكاتب بما عليه أصالة جائزة فكان كل واحد
منهما اصيلا فى الكل كفيلا عن صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا فى حق صاحبه لانه ضرورى
فيتقدر بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة
فاذا أدى أحدهما شيأ وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه
ثم قيد بقوله كتابة واحدة لانه اذا كاتبهما بعقدين كل واحد بعقد فكفالة كل منهما عن الآخر
باطلة ولو كاتبهما كتابة واحدة على ألف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه
حصته ويعتق بأداء حصته ولو كاتبهما كتابة واحدة على انهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى
الرق ولم يذكر كفالة كل منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثانى حتى
يعتق أحدهما بأداء حصته وعندنا كالفصل الاول فى جميع ما قلنا (ولو حرر) المولى
(أحدهما) أى أحد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه
صح العتق لوجود الملك فى الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة ويبقى على صاحبه حصته
لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة العتق ثم انه
(اخذ ايا) أى أى العبدين (شاء بحصة من) أى الذى (لم يعتقه) فان شاء أخذ المعتق بالكفالة وان
شاء أخذ صاحبه بالاصالة (فان اخذ) المولى (المعتق) بفتح التاء وهو العبد الذى أعتقه (رجع)
أى المعتق (على صاحبه) لانه كفيل عنه بأمره فيرجع به عليه (وان اخذ) المولى العبد
(الآخر) وهو الذى لم يعتقه (لا) يرجع على صاحبه لانه أصيل فلا يرجع على أحد فان قلت
كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز قلت هذا فى حالة البقاء لانه لم يكن
فى الابتداء كفيلا قط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرت الكفالة فيه فى حق
صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه

فلا يمكن تقدير الاصالة فيه فيبقى كفيلا (ومن ضمن عن عبد مالا) من الاموال التى (يؤاخذ به) أى بذلك المال (بعد عتقه) كالمال الذى لزمه بالاقرار أو بالاستقراض أو بالوطء عن شبهة أو استهلاك وديعة (فهو) أى المال الذى ضمنه (حال) يعنى يلزمه فى الحال (وان لم يسمه) الضامن بأن المال حال على العبد الا أن المطالبة تأخرت عنه لعسرته والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غائب أو مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا ثم اذا أدى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بأمره واحترز بقوله بدين يؤاخذ به بعد العتق عما يؤاخذ به فى الحال مثل دين الاستهلاك عيانا أو دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه يجوز الكفالة به بلا شبهة (ولو ادعى) شخص (رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد) قبل التسليم الى المدعى (فبرهن المدعى) أى أقام بينة على (أنه) أى ان العبد (له) أى ملكه (ضمن) الكفيل (قيمته) أى قيمة العبد لانه تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على دين ذى اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت تجب عليه قيمتها بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد أو بنكوله لان الاصيل ليس بحجة فى حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه (ولو ادعى) شخص (على عبد مالا) بأن قال أخذ منى كذا بالغصب أو استهلكه (وكفل بنفسه) أى بنفس العبد (رجل فمات العبد) قبل التسليم الى المدعى (برئ الكفيل) لان العبد برئ بموته وبراءته توجب براءة الكفيل (ولو كفل عبد عن سيده بأمره) ولم يكن على العبد دين صحت هذه الكفالة لان أمر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين فاذا كان عليه دين مستغرق لا يجوز لانه يتضمن ابطال حق الغرماء كما لا يجوز رهنه حينئذ ثم اذا صح هذا (فعتق) العبد (فأداه) أى المال المكفول به لم يرجع به على المولى لانه لا يستحق على المولى شيأ وقال زفر يرجع اذا أدى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بأمره لتحقق الموجب للرجوع (أو كفل سيده) أى سيد العبد (عنه) أى عن العبد صحت الكفالة كيفما كانت ثم اذا صحت (وأداه) أى المولى أدى المال المكفول به (بعد عتقه) أى بعد عتق العبد ولا يرجع عليه أيضا عندنا خلافا لزفر وقوله (لم يرجع واحد) من المولى والعبد (على الآخر) جواب المسئلتين جميعا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر أمواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

* هذا (كتاب) * فى بيان أحكام (الحوالة) *

وهى لغة التحويل والنقل وشرعا (هى) أى الحوالة (نقل الدين من ذمة) شخص (الى ذمة) شخص آخر واختلف المتأخرون أنها توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا أو عن المطالبة دون الدين فقال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين وقال بعضهم عنهما جميعا (وتصح الحوالة (فى الدين) لانها تحويل ونقل وهو فى الدين (لا) تصح (فى العين) لان الدين وصف شرعى وهذا النقل حكم شرعى يظهر أثره فى المطالبة وأما العين فحسى فلا ينتقل بالنقل الحكمى بل بالنقل الحسى فان قلت الدين وصف ثابت فى الذمة وهو عرض فكيف يقبل النقل قلت الاحكام الشرعية لها حكم الجواهر لان الشرع حكم ببقائها بعد المباشرة وتصح (برضا المحتال) وهو

الدائن

الدائن لان الدين حقه وهذا بالاجماع الارواية عن أحمد (و) برضى (المحتال عليه) وهو الذى يقبل الحوالة لانه يلزمه بالحوالة ولا يلزم بدون الالتزام الا عند الشافعى وأحمد فى رواية لا يشترط رضاه وهو اختيار الجرجانى من أصحابنا كذا فى مختصر الاسرار وعند مالك لو كان عدوا اشترط رضاه والا فلا ولم يذكر الشيخ المحيل وهو الذى عليه الدين لان الحوالة تصح بدون رضاه لانه لاضرر عليه بل له نفع لان المحتال عليه اذا أدى الدين لا يرجع على المحيل اذا لم تكن الحوالة بأمر المحيل فكان نفعا محضا كذا ذكر فى الزيادات والعيون وفى القدورى والهداية وغيرهما وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه لان المحيل هو الاصل فى الحوالة وبه قالت الثلاثة (وبرئ المحيل) وهو المديون (بالقبول) أى بقبول الحوالة من المحتال له والمحال عليه (من الدين) يعنى لا يرجع أبدا الا بالتوى على ما يجى• وقال زفر والقاسم بن معن لا يبرأ لان المقصود بها التوثق كالكفالة لا تؤثر فى سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن أبى ليلى يبرأ فى الكفالة أيضا اعتبارا بالحوالة ولنا أن الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعانى اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضى أن يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة الاصيل ثم اختلفوا فى البراءة على ما ذكرنا فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ من الدين وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين أحدهما اذا أبرأ المحتال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثانى أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين على رجل كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجله (ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى) وقال الشافعى لا يرجع عليه وان توى حقه لان الدين انتقل من ذمته فبرئت فلا يعود كما فى الابراء وبه قال أحمد ولنا أن المحتال انما رضى بهذا النقل بشرط وصول الدين من جهة المحتال عليه بدلالة الحال وقد فات هذا الشرط بالتوى فيعود حقه الى ذمة المحيل (وهو) أى التوى بأحد الامرين عند أبى حنيفة اما أن (يجحد) المحال عليه (الحوالة ويحلف ولا بينة له) أى لكل واحد من المحيل والمحتال عليه أى على المحتال (عليه أو يموت) المحال عليه حال كونه (مفلسا) بأن لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا فاذا ترك كفيلا كفل عنه بأمره أو بغير أمره لا يعود الدين الى ذمة المحيل وقالا هذان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته فهذا بناء على أن الافلاس يتحقق عندهما بقضاء القاضى وعنده لا وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا وأنكر الآخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان هو حيا وأنكر اليسر (فان طلب المحال عليه المحيل بما) أى بالذى (أحال) أى بمثل ما أحال به (فقال المحيل احلت بدين) أى بسبب دين ثابت (لى عليك) لم يقبل قوله بل (ضمن المحيل) للمحتال عليه (مثل الدين) الذى أحال به لتحقق السبب وهو قضاء دينه بأمره لكن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر وهذا بالاجماع (وان قال المحيل للمحتال أحلتك) على فلان (لتقبضه) أى الدين (لى) أى لاجلى أراد أنه وكله فى قبضه (فقال المحتال أحلتنى بدين) أى بسبب دين (لى عليك فالقول للمحيل) لان المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر

فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرارا منه بأن عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة (ولو أحال) شخص (بما) أى بالشئ الذى (له عند زيد) حال كونه (وديعة) بأن أودع عنده ألف درهم مثلا ثم أحال بها غريمه (صحت) الحوالة لانه أقدر على التسليم فكانت أولى بالجواز (فان هلكت) الوديعة (برئ) زيد الذى هو المحال عليه لان الحوالة مقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا الى خلف بأن استحق بالبينة صار مثل الوديعة (وكره السفاتج) قال القدورى هو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وصورته أن يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه فى موضع الامن وفى الفتاوى الصغرى السفتجة ان كان مشروطا فى القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وفى الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب كان جائزا وكذلك لو قال اكتب لى سفتجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وفى كفاية البيهقى وسفاتج التجار مكروهة لانه ينتفع باسقاط خطر الطريق الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس هكذا روى عن ابن عباس وهو جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته يعنى المحكم وسمى هذا القرض به لاحكام أمره فان قلت ما وجه ذكر هذا فى كتاب الحوالة قلت أما هؤلاء فانهم تبعوا القدورى فانه ذكره فى كتاب الحوالة وأما وجه ذكر القدورى فقيل لانه معاملة فى الديون كالكفالة والحوالة ونقل عن الامام بدر الدين الكردرى أنه قال انما أورد هذا فى الحوالة لانه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فيكون فى معنى الحوالة

*هذا (كتاب) * فى بيان أحكام (القضاء) *

وهو فى اللغة الاتقان والاحكام وفى الشرع هو فصل الخصومات قاله الشارح والاولى أن يقال هو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة (أهله) أى أهل القضاء (أهل الشهادة) فكل من صلح شاهدا صلح قاضيا ومن لا فلا فلا يجوز ولاية الصبى والمجنون والعبد والاعمى والاطروش يجوز وقيل لا يجوز (والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة) وقيل لا يصح قضاؤه أصلا لانه لا يؤمن عليه لفسقه وهو قول الثلاثة واختيار الطحاوى وينبغى أن يفتى به خصوصا فى هذا الزمان فلذلك قال الشيخ (الا أنه) أى أن الفاسق (لا ينبغى أن يقلد) لانه لا يؤمن عليه فكيف يؤمن منه على غيره وفى خلاصة الفتاوى اختلفت الروايات فى تقليد الفاسق القضاء والاصح أنه يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق ثم قال قال فى المحيط ويستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط فى التقليد أنه متى جار ينعزل وعند الشافعى ينعزل والامام يصير اماما مع الفسق ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف وفى نوادر هشام قال محمد لو فسق القاضى ثم تاب فهو على قضائه وفى الاجناس عن على الرازى صاحب أبى يوسف ينعزل القاضى بفسقه ولا ينعزل الخليفة بفسقه وفى أدب القاضى للحسن بن زياد فى قاض مكث وهو عدل ثم فسق بعد ذلك وارتشى وقد كان قضى بقضايا قبل أن يفسق وبقضايا بعد ما فسق أبطل كل قضية قضى بها بعد ما فسق وأنفذت القضايا التى قضى بها قبل أن يفسق وقال أبو حنيفة لو أن قاضيا قضى بين الناس زمانا وأنفذ قضايا كثيرة ثم علم أنه فاسق

مرتش

مرتش لم يزل منذ ولى على ذلك ينبغى للقاضى الذى يختصمون اليه أن يبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضى (ولو كان القاضى عدلا ففسق بأخذ الرشوة لا ينعزل) نظرا الى ابتداء أمره فى الولاية وكذا لو فسق بغير الرشوة أيضا وانما خص الرشوة بالذكر لانها معظم الاشياء التى توجب الفسق خصوصا بين القضاة وذكر الاستروشنى فى فصوله القاضى اذا ارتشى وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش وذكر الامام البزدوى أنه ينفذ فيما ارتشى أيضا وقال بعض مشايخنا ان قضاياه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة وبالقول الاول أخذ شمس الائمة السرخسى وهو اختيار الخصاف وان ارتشى ولد القاضى أو كاتبه أو بعض أعوانه فان كان بأمره ورضاه فهو وما لو ارتشى القاضى سواء ويكون قضاؤه مردودا وان كان بغير علم القاضى نفذ وكان على المرتشى رد ما قبض وفى كتاب أدب القاضى لابى محمد الناصحى النيسابورى ان أخذ القاضى الرشوة وحكم للذى رشاه بحق ليس فيه ظلم كان هذا الحكم باطلا ولا يحل لاحد أن ينفذ ذلك القضاء من القضاة بل يرده فقد سقطت عدالة المرتشى (و) لكنه (يستحق العزل) لطرو الفسق وقيل ينعزل بالفسق ذكره فى الواقعات وبه قالت الثلاثة وفى النوادر عن علمائنا الثلاثة أن الفاسق لا يصلح قاضيا قال الشارح والظاهر هو الاول وان العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولى الجاهل صح وقال الشافعى لا يجوز الا أن يكون عالما عدلا مأمونا قلت يشير اليه كلام القدورى ان أهلية الشهادة والاجتهاد من شروط صحة التولية ولكن الصحيح أن الاجتهاد ليس بشرط وفى العيون الاجتهاد شرط الجواز عند الثلاثة وقال الغزالى وابن هبيرة من أصحاب أحمد هذا قبل استقرار المذهب لا بعده وفى خزانة الفقه لابى الليث ويصلح للقضاء من اجتمع فيه ثمانية أشياء الموثوق فى عقله ودينه وعفافه وصلاحه وعلمه ومعرفته بالسنن والآثار والتأويل وبسنن من مضى قبله من القضاة (ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) فلا تصح عقوده وفسوخه وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى وقيل الرائش أيضا وهو الذى يمشى بينهما وتؤخذ الرشوة على يده وينبغى أن تبشر قضاة هذا الزمان بهذا الوعيد ولا سيما قضاة مصر ومنهم من يتولى بالرشوة فاذا عوتب عليه يدعى أنه انما بذله صونا للمنصب عن وقوعه فى أيدى الجهال والفساق والله لا يخفى عليه شئ (والفاسق يصلح مفتيا) لانه يجتهد حذرا عن النسبة الى الخطا (وقيل لا) يصلح لانه من أمور المسلمين وخبره غير مقبول فى الديانات وهو الذى اختاره كثير من المتأخرين وقال صدر الاسلام البزدوى فى أصوله أجمع العلماء والفقهاء على أن المفتى يجب أن يكون من أهل الاجتهاد فانه لا يقدر أن يفتى الناس اذا لم يكن من أهل الاجتهاد فانه يحتاج الى الاجتهاد لا محالة وان لم يكن من أهل الاجتهاد لا يحل له أن يفتى الا بطريق الحكاية فيحكى ما يحفظ من أقوال الفقهاء ولا يحل له أن يفتى فيما لا يحفظ فيه قولا من أقوال المتقدمين (ولا ينبغى أن يكون القاضى فظا) اى جافيا (غليظا) أى شديدا فى الكلام متفاحشا (جبارا) أى متكبرا مقبلا بغضب (عنيدا) أى معاندا عنيفا لان المقصود من القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد (وينبغى أن يكون موثوقا به) أى معتمدا عليه (فى عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة) وهى قول النبى عليه الصلاة والسلام وفعله (والآثار) التى وردت من الصحابة والتابعين رضى الله عنهم

(ووجوه الفقه) أى الطرق التى يستنبط الفقه منها والاصول التى يبتنى عليها (والاجتهاد) وهو بذل المجهود لنيل المقصود وهو أن يكون عالما بجميع ما فى الكتاب والسنة وهذا عزيمة والرخصة فى ذلك أن يكون بحال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التى تتعلق بها الاحكام فهذا (شرط الاولوية) وعن الثلاثة شرط الجواز وقال أكثر العلماء الاجتهاد أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها بطرقها ولا يشترط معرفة الفروع التى استخرجها المجتهدون بآرائهم وقيل يشترط مع هذا أن يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كأبى حنيفة والشافعى وغيرهما من المجتهدين وقيل من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من أهل الاجتهاد وقيل لابد مع هذا من أن يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام يبتنى عليها (والمفتى ينبغى أن يكون هكذا) يعنى فى العلم والامانة (وكره التقليد لمن خاف الحيف) أى الظلم والجور كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم (وان أمنه) أى الظلم (لا) يكره التقليد لان كبار الصحابة رضى الله عنهم والتابعين رحمهم الله تقلدوه وكفى بهم قدوة (ولا يسأله) أى القضاء لانه حينئذ يعتمد على نفسه فيعجز ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهمه (ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر) أى الظالم لان علماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه حينئذ وفى هذا الزمان لا يوجد السلطان العادل حتى قالوا من قال السلطان هذا الزمان عدلت أو أنت عادل يكفر (و) يجوز أيضا (من أهل البغى) وهم الذين خرجوا من طاعة الامام لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه من معاوية فى نوبة على رضى الله عنه وكان الحق بيد على رضى الله عنه وقد قال على رضى الله عنه اخواننا بغوا علينا وقال الامام أبو محمد الناصحى فى تهذيب أدب القاضى للخصاف قاضى اهل البغى والخوارج اذا كان منهم فقضى بشئ ثم رفع الى قاض آخر من أهل العدل لم يجزه وأبطله لان الخوارج اذا خرجوا على أهل العدل بالسلاح فانهم يستحلون أموالهم فلا تجوز شهادتهم واذا لم تجز شهادتهم لم يجز قضاؤه فينتقض وهذا قول ابراهيم النخعى ولا يعمل على كتابه أيضا لانه لا يجوز قضاؤه فلا يعمل على كتابه (فان تقلد) أحد القضاء (يسأل ديوان قاض قبله وهو) أى الديوان (الخرائط) جمع خريطة وهى الكيس (التى فيها السجلات) وهو جمع سجل بكسر السين والجيم وتشديد اللام وهو الصك قال الله تعالى كطى السجل للكتاب ومنه اسجال القاضى وتسجيله (والمحاضر) جمع محضر (وغيرهما) أى غير السجلات والمحاضر مثل الصكوك التى فيها الاقرارات أو قيم الاشياء أو نصب الاوصياء فى أموال اليتامى ونحو ذلك لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء وهذا لان القاضى يكتب نسختين احداهما فى يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى فى يد الخصم وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان فان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال فى وضعها فى يد القاضى الجديد وكذا اذا كان من مال الخصوم أو من مال القاضى فى الصحيح ويبعث عدلين من امنائه أو عدلا واحدا والاثنان أحوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته أو بحضرة أمينه ويسألان المعزول شيأ فشيأ فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعانه فى خريطة وما

كان من نصب الاوصياء يجمعانه فى خريطة وما كان من نسخ قيماء الاوقاف يجمعانه فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعانه فى خريطة فاذا قبضا ذلك ختما عليه تحرزا عن التغيير (ونظر) أى القاضى الجديد (فى حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا للمسلمين (فمن اقر) من المحبوسين (بحق او قامت عليه بينة) بذلك (الزمه) القاضى به (والا) أى وان لم يقر هو بشئ ولم تقم عليه بينة (نادى) منادمن جهة القاضى (عليه) أيا ما اذا جلس القاضى للحكم و يقول من كان يطلب فلان بن فلان الفلانى المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر أحد وادّعى عليه بشئ يحكم بينهما والا يأخذ منه كفيلا ويطلقه (وعمل) القاضى (فى الودائع وغلات الوقف ببينة أو اقرار) عمن فى يده لانّ اقرار الاجنبى غير مقبول (ولم يعمل بقول) القاضى (المعزول) لانه بمنزلة التحق بالرعايا (الا أن يقر ذو اليد) أى الا أن يعترف الذى فى يده (انه) أى انّ القاضى (سلمها اليه فيقبل قوله) أى قول المعزول (فيهما) أى فى الودائع وغلات الوقف لانه يثبت باقراره انه مودع القاضى ويد المودع كيده فصار كأنه فى يده فيقبل اقراره به الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم أقرّ بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى باقراره الثانى والمسئلة على أربعة أوجه اما أن يقر بأنه سلمه اليه بعد ما أقر به لغيره أو ينكر التسليم فحكمهما ماذكرناه أو يقر بأن المعزول سلمه اليه ثم يقرّ به لغيره فلا يقبل اقراره الثانى والرابع أن يقر بان القاضى سلمه اليه ثم يقول لا أدرى لمن هو فحكمه ظاهر (ويقضى القاضى (فى المسجد) وكذلك السلطان يجلس للحكم فى المسجد لانه عليه الصلاة والسلام كان يفصل الخصومات فى معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم فى المساجد ولانه أبعد من الاشتباه على الغرباء و بعض المقيمين وأبعد من التهمة فى حق القاضى فكان أولى فعلى هذا الجامع أولى وقال الشافعى يكره جلوسه فى المسجد (أو) يقضى (فى داره) لانّ الحكم عبادة فلا يختص بمكان ولا يمنع أحدا من الدخول فيه ولا بأس أن يكون منزله فى وسط البلدة رفقا بالناس ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة الا اذا كان عالما بالقضاء و يبعد عنه الاعوان لانه اهيب وقال الطحاوى فى مختصره ولا ينبغى له أن يقضى وهو يمشى أو يسير (ويردّ) القاضى (هدية) لانها تشبه الرشوة فيتجنب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم (الا) أنّ له أن لا يردّها (من قريبه) وهو ذو الرحم المحرم لانّ فى ردّها منهم قطيعة وهى حرام (أو ممن جرت عادته بذلك) لعدم التهمة حتى لو كانت لهما خصومة أو زادا على العادة يردها حينئذ لانه حينئذ لاجل القضاء فيكون من الغلول (و) يرد أيضا (دعوة خاصة) يعنى لا يحضرها وهى التى لا يتخذها صاحبها الا لاجله وقيل كل دعوة اتخذت فى غير العرس والختان فهى خاصة ولم يفصل فى الخاصة بين أن تكون من القريب أو من غيره و بين ما اذا جرت له عادة بها أو لم تجر وفى الكافى وان كان بين القاضى و بين المضيف قرابة يجيبه فى الدعوة الخاصة قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوى أن على قولهما لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب وفى الغاية وفرق ما بين الدعوة الخاصة والعامة قالوا ان كان خمسة نفر أو ستة نفر الى عشرة فهى دعوة خاصة فان جاوز العشرة فهى دعوة عامة والصحيح ان صاحب الدعوة ان كان بحال لو علم أن القاضى لا يحضر لا يمتنع من اتخاذ الدعوة يجيب القاضى هذه الدعوة فهذه دعوة عامة وان

كان بحال لو علم أنه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي يمتنع ولا يتخذ الدعوة فهذه دعوة خاصة فلا يجيبها القاضي (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان ذلك من حقوق المسلمين فلا يمتنع عنها (ويسوي بينهما) أي بين الخصمين (جلوسا) أي من حيث الجلوس وسواء في ذلك الكبير والصغير والاب والابن والخليفة والرعية والدنيء والشريف وفي هذا دليل على أن للقاضي أن يقضي على الملك الذي ولاه القضاء وهكذا فعل شريح رضي الله عنه مع علي ومع خصمه الواحد من الرعية وعلي رضي الله عنه اذ ذاك خليفة (و) يسوي بينهما (اقبالا) أيضا أي من حيث الاقبال فلا يقبل على أحدهما دون الآخر ولا يقعد أحدهما عن اليمين والآخر عن اليسار لان فيه ترك التسوية (وليتق) أي وليجتنب القاضي (عن مسارة أحدهما) وهي أن يسارر أحدهما لان فيه تهمة (و) عن (اشارته) الى أحدهما (و) عن (تلقين حجته) أي حجة أحدهما وعن أبي يوسف في رواية والشافعي في وجه لا بأس بتلقين الحجة (و) عن (ضيافته) أي ضيافة أحدهما (و) عن (المزاح) مطلقا معهما أو مع أحدهما أو مع غيرهما في مجلس الحكم ولا بأس في غيره بدون اكثار (و) ليتق أيضا (تلقين الشاهد) لان فيه اعانة لاحد الخصمين واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة

(فصل) (واذا ثبت الحق للمدعي أمره) أي أمر القاضي المدعى عليه (بدفع ما عليه) الى المدعي (فان أبى) أي امتنع عن دفع ما عليه اليه (حبسه) القاضي (في الثمن) أي في ثمن المبيع (والقرض) الذي استقرضه منه وكل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده (و) في (المهر المعجل و) في (ما التزمه بالكفالة) وكل دين لزمه بعقد لانه بالاباء ظهر مطله ثم ان الشيخ لم يفصل بين ثبوت الحق ببينة أو باقرار وفصل بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه باطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله والصواب أن لا يحبسه فيهما اذا طلب المدعي ذلك حتى يسأله فان أقر أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه لظهور مطله وان أنكر المال وأقام المدعي بينة أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه وان عجز عن البينة ويدعي أن له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعي (لا) يحبسه القاضي (في غيره) أي في غير ما ذكر من الديون مثل اروش الجنايات وديون النفقات وضمان الاعتاق (ان ادعى) المدعى عليه (الفقر) لانه متمسك بالاصل وهو الفقر (الا أن يثبت غريمه) وهو المدعي (غناه) أي بان له مالا (فيحبسه) أي فحينئذ يحبسه لظهور المطل وقدر الحبس (بما رأى) القاضي فيحبسه حتى يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة أو شهر اتفاقي وليس بتقدير حتما وعند بعض المالكية في القليل لا يحبسه أكثر من نصف شهر وفي الكثير أربعة أشهر فقط (ثم يسأل) القاضي (عنه) أي عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما يراه (وان لم يظهر له مال) بأن قامت بينة على اعساره (خلاه) أي أخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول الشاهدان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية (ولم يحل)

أى ولم يفرّق (بينه) أى بين هذا المديون (وبين غرمائه) أى لا يمنعهم عن ملازمته عند أبى حنيفة وقالا يمنعهم لانه منتظر بانظار الله تعالى الى الميسرة وبه قال زفر والشافعى وأحمد وله أنه منتظر الى زمان قدرته على الايفاء وذلك يمكن فى كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه (وردّ) القاضى (البينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة على النفى فلا تقبل مالم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب وعن محمد أنها تقبل قبل الحبس وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية وبه كان يفتى الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة المشايخ على الاول (وبينة اليسار أحق) يعنى اذا أقام المدّعى البينة على اليسار وأقام المدّعى عليه على الاعسار كانت بينة اليسار أولى لانّ اليسار عارض والبينة للاثبات (وأبد) القاضى (حبس الموسر) لانه جزاء الظالم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده فى الحبس (ويحبس الرجل لنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضى الزمان (لا) يحبس الوالد (فى دين ولده) لانّ الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده (الا اذا أبى) أى امتنع (من الانفاق عليه) أى على ولده فانه حينئذ يحبس لانه بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى أنّ له أن يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بقتله وهكذا حكم الاجداد والجدّات وان علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لانّ ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس ولا يحبس العبد بدين المولى والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به ثم صفة الحبس أن يكون فى موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى أحد يدخل عليه ليستأنس به ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لجنازة ولو أعطى كفيلا ولا لمجىء رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه ويوفى ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه ويخرج حينئذ لقرابة الولاد وفى رواية يخرج وان وجد من يجهزه وان مرض مرضا أضناه فان كان له من يخدمه لا يخرج والا أخرج ولا يخرج للمعالجة وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امرأته أو جاريته عليه ان كان فى السجن موضع سترة لانّ اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لانه من فضول الحوائج ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذى يحبس فيه غير مقدّر حتى يحبس فى درهم ومادونه لانّ مانعه ظالم متعنت والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (كتاب القاضى الى القاضى وغيره)*

(ويكتب القاضى الى القاضى فى غير حد وقود) أى قصاص لما روى أنّ عليا رضى الله عنه أجاز ذلك لحاجة الناس اليه وهذا بالاجماع الا رواية عن مالك أنه يكتب فيهما أيضا وقوله فى غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا للمال والنسب من الحى والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذى يفتى به للضرورة وفى ظاهر الرواية لا يجوز فى المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرها من الحقوق وعن

أبي يوسف أنه أجاز في العبد دون الامة وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه (فان شهدوا)
أي الشهود (على خصم) حاضر (حكم بالشهادة) لوجود الحجة وحضور الخصم (وكتب بحكمه)
حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتاب
الحكم لانه قد تم لحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامه (وهو) أي كتاب الحكم (المدعو
سجلا) أي المسمى سجلا لانه سجله أي أحكمه بالحكم (والا) أي وان لم يكن الخصم حاضرا
(لم يحكم) لان الحكم على الغائب لا يجوز ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف
الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فيلزمه والثاني ابتداء
حكم فلا يجوز له (وكتب) القاضي (الشهادة ليحكم) القاضي (المكتوب اليه بها) أي بهذه
الشهادة (وهو الكتاب الحكمي) وليس بسجل (وهو نقل الشهادة في الحقيقة) لانه لم يحكم
بالشهادة وانما نقلها اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان خالف رأيه رأي الكاتب
بخلاف السجل فانه ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لانه استحكم بالقضاء (وقرأ) القاضي
الكاتب الشهادة (عليهم) أي على الشهود الذين يشهدهم عليه لانهم يشهدون عند الثاني
فلا بد من القراءة عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم (وختم) الكتاب (عندهم) أي
عند الشهود (وسلم) الكتاب (اليهم) كيلا يتوهم التغيير ومن شرائطه أن يكون للكتاب عنوان
وهو ان يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه وأبيه وجده حتى
لو أخل بشئ منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على ظاهره
لا يقبل وقيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم
المدعى عليه واسم المدعي على وجه يقع به التمييز ويذكر الحق ويذكر الشهود ان شاء وان شاء اكتفى
بذكر شهادتهم (فان وصل) الكتاب (الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله) أي لم يقبل
القاضي المكتوب اليه هذا الكتاب (بلا خصم ولا شهود) لان هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله
الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم
غائب لانه للنقل لا للحكم كما بينا (فان شهدوا) أي الشهود (أنه) أي أن الكتاب الذي وصل اليه
(كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتح القاضي) المكتوب اليه
(وقرأه على الخصم والزمه) أي الخصم (ما فيه) أي ما في الكتاب هذا اذا ثبت عدالتهم عنده
بأن كان يعرفهم بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم أو يسأل من يعرفهم من الثقات فزكوا
وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم
وعن الخصاف أنه لا يفتحه الا بعد ظهور عدالتهم ولو قالت الشهود لم يسلمه الينا أو لم يقرأه علينا
أو لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بأنه كتاب فلان
لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه ان هذا قول أبي يوسف فانه عنده يقبله
من غير بينة ومن يد المدعي أيضا اذا جاء به وحده وكذا سهل عند الاثبات فقال اذا شهدوا أنه
كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد
في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي
واختلفوا فيها فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة أيام في ظاهر

الرواية

الرواية وعن أبي يوسف أنه لو كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الاشهاد وعن محمد أنه يجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كانا في مصر واحد فكأنهما اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر العجز وفي خزانة الفقه ويجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر (ويبطل الكتاب بموت) القاضي (الكاتب وعزله) يعني قبل وصوله الى القاضي الثاني أو بعده قبل أن يقرأه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فبموت الاصول قبل أداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب أو ارتد أو قذف فحد أو عمي وقال أبو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه يقضي به وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضاء به بالقراءة فلا يبطل بالموت كالو مات الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها وفيه اختلاف زفر ويعقوب أنه لا يقضي به اذا مات قبل قضائه (وموت المكتوب اليه) بالجر أي ويبطل أيضا بموت القاضي المكتوب اليه (الا اذا كتب) القاضي الاول (بعد اسمه) أي بعد اسم القاضي المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه وقالت الثلاثة لا يبطل بموت المكتوب اليه وان لم يقل والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ويحكم القاضي الذي جاء بعده به ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في الامانة فصار نظير الامناء في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكان مكتوبا اليهم بخلاف ما اذا قال ابتداء والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز أن يحكم به أحد لان اعلام ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحدا حصل التعريف وأجاز أبو يوسف من غير تعيين أحد من القضاة حين ابتلي بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضي رسالة قاض آخر وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته ويجوز للقاضي المكتوب اليه ان يكتب كتابا الى قاض آخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا للمكتوب اليه ثانيا ان يكتب الى آخر الى ما لا يتناهى (لا) يبطل الكتاب (بموت الخصم) بالاجماع لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه (وتقضي المرأة في غير حد وقود) أي قصاص لان القضاء يستقى من الشهادة وشهادتها جائزة في غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها في غير الحدود وعن الشافعي لا يجوز ان تولى المرأة لقصور عقلها قلنا هي من أهل الشهادة فصارت كالرجل وقال الامام العتابي في شرح الجامع الكبير امرأة قلدت القضاء وقضت في الاموال صح لانها تصلح شاهدة في باب المال فتصلح قاضية ولو قضت بالحدود والقصاص وأمضاه قاض آخر يرى جوازه نفذ بالاجماع لان نفس القضاء مجتهد فيه فان شريحا كان يجوز شهادة النساء مع رجل في الحدود والقصاص وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ولو قضى القاضي في الحدود بشهادة رجل وامرأتين نفذ قضاؤه وليس لغيره ابطاله لانه قضى في فصل مجتهد فيه وليس نفس القضاء هنا مختلفا فيه (ولا يستخلف قاض) أي لا يجوز له الاستخلاف (الا ان يفوض) الخليفة (اليه) أي الى القاضي (ذلك)

أى الاستخلاف كالوكيل لا يوكل الا باذن أو تفويض ولو استخلف مع ذلك فحكم الخليفة فأجازه القاضى جاز اذا كان المستخلف أهلا للقضاء وان كان رقيقا أو محدودا فى قذف أو كافرا لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضى جاز ولو فوض اليه الامام أن يستخلف بأن قال له ول من شئت له أن يولى من شاء فيصير نائبا عن الامام فى التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصى حيث يملك الايصاء الى غيره ويملك التوكيل والعزل فى حياته ولو فوض اليه الامام العزل بأن قال استبدل من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض (بخلاف المأمور بالجمعة) حيث يجوز أن يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم اذا أحدث قبل أن يشرع فى الجمعة لم يجز له أن يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يشهد الخطبة (واذا رفع اليه) أى الى القاضى (حكم قاض) آخر (أمضاه) أى أمضى القاضى الآخر حكم القاضى الاول (ان لم يخالف الكتاب) مثل متروك التسمية عامدا (والسنة المشهورة) مثل جواز حل المطلقة الثلاث وقيد بها احترازا عن الغريب (والاجماع) الذى ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعى مثل القضاء بجواز نكاح الجدة لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه وقالوا شرطه أن يكون عالما باختلاف العلماء حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثانى ذكره فى المحيط وقال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب وفى الغاية ونظير خلاف الاجماع ما اذا قضى بجواز بيع أم الولد كان للقاضى الثانى أن ينقضه كذا ذكره الخصاف لانه مخالف لاجماع التابعين وذكر الشيخ أبو بكر الرازى ان هذا مذهب محمد فاما مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ كذا ذكر الامام الناصحى قال شمس الائمة السرخسى وهذه المسئلة تبتنى على ان الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم أم لا فعند محمد يرفع وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يرفع وفى التقويم ان محمد بن الحسن روى عنهم جميعا ان القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وفى النوازل عن أبى يوسف أنه لا ينفذ القضاء (وينفذ القضاء بشهادة الزور فى العقود والفسوخ) كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والاقالة والرد بالعيب والنسب وفى الهبة والصدقة روايتان (ظاهرا) أى من حيث الظاهر بين الناس مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك (وباطنا) أى من حيث الباطن يعنى بينه وبين الله تعالى مثل ثبوت الملك والحل هذا عند أبى حنيفة والاصل فيه ان كل شئ قضى به القاضى فى الظاهر بالتحريم فهو فى الباطن كذلك عنده وكذا اذا قضى باحلال وعندهما لا ينفذ الا ظاهرا لان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا وبه قالت الثلاثة وزفر وله قول على رضى الله عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك ولان القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا بنفوذ مثل ذلك فى الشرع ألا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا وأحدهما كاذب بيقين وصور المسائل فى العقود كثيرة منها اذا ادعى على امرأة نكاحا وهى تجحد وأقام عليها شاهدى زور وقضى القاضى بالنكاح بينهما حل للزوج وطؤها وحل

للمرأة

للمرأة التمكين منه عنده وعندهما لا يحل له ذلك وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد
ومنها اذا قضى بالبيع بشهادة الزور وهو على وجهين أحدهما أن يكون الدعوى من جانب
المشترى بأن ادعى على غيره انك بعت منى هذه الجارية والآخر أن يكون من جانب البائع بأن
قال انك اشتريت هذه الجارية منى فانه يحل للمشترى وطؤها فى الوجهين وكذلك فى الفسوخ
كثيرة منها اذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد وأقام بينة الزور وفسخ القاضى يحل للبائع
وطء الجارية ومنها اذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت بينة زور وقضى القاضى
بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الوطء ظاهرا وباطنا (لا) ينفذ باطنا
بشهادة الزور بالاجماع (فى الاملاك المرسلة) أى المطلقة وهى التى لم يذكر سببها معينا لان فى
أسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض أولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس فى
وسع البشر فتعين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشراء والاجارة والنكاح
ونحوها (ولا يقضى) القاضى (على غائب) وقالت الثلاثة يجوز الحكم عليه لانه عليه الصلاة
والسلام قضى لهند امرأة أبى سفيان بالنفقة وأبو سفيان غائب فقال لها خذى من مال أبى
سفيان ما يكفيك وولدك ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله عنه لا تقض لاحد
الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى رواه أحمد وأبو
داود والترمذى بمعناه ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولا حجة
لهم فى حديث هند لانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى أو اعانة لها على أخذ ماله ألا ترى انها لم تدع
الزوجية ولم تقم البينة ويحتمل أن أبا سفيان كان حاضرا فى غير ذلك المجلس (الا أن يحضر من
يقوم مقامه) أى مقام الغائب (كالوكيل) بانابته (والوصى) بانابة الشرع يعنى من جهة
القاضى فحينئذ يجوز الحكم على الغائب لانهما يقومان مقامه فكأنه حاضر والحكم عليه
وتقييد الوصى بانابة الشرع احتراز عن المسخر من جهة القاضى فان فيه اختلاف الروايتين
كذا نقله صاحب الفصول عن المحيط والذخيرة وتفسير المسخر أن ينصب القاضى وكيلا عن
الغائب ليسمع الخصومة عليه وكذلك لو حضر رجل غيره عند القاضى ليسمع الخصومة عليه
والقاضى يعلم انه مسخر ليس بخصم فالقاضى لا يسمع الخصومة عليه وانما يجوز نصب الوكيل
عن خصم اختفى فى بيته ولا يحضر مجلس الحكم بعد ما بعث أمناءه الى داره ونودى على باب
داره (أو يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر) فحينئذ يجوز الحكم على
الغائب أيضا وهو نوعان أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب شيأ واحدا
(كمن ادعى عينا) مثلا دارا (فى يد غيره) وأنكر الغير وادعى انها ملكه وأقام المدعى البينة (انه
اشتراه من فلان الغائب) تقبل بينته ويثبت الحكم على الحاضر والغائب حتى اذا حضر
الغائب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة وكذا اذا ادعى فى دار فى يد غيره شفعة بأن ذا اليد
اشتراها من فلان وقال ذو اليد الدار دارى لم اشترها من أحد فأقام المدعى بينة أنه اشتراها
من فلان الغائب تقبل بينته ويثبت الحكم على الحاضر والغائب وكذا اذا ادعى على شخص دينا
على أنه كفيل عن الغائب بأمره فأقر الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فأقام المدعى البينة ان له
على الغائب ألف درهم تقبل بينته ويثبت الحكم على الغائب والحاضر والنوع الثانى أن يكون

مايدعيه عليهما شيئين مثل أن يدعى القاذف أنه عبد فلان فيجب عليه أربعون فأقام المقذوف البينة ان مولاه الغائب قد أعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا أو قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فأقام المدعى البينة ان مولاهما أعتقهما وهو يملكهما فان بينته تقبل ويثبت العتق على الغائب لان الحقين كشئ واحد اذ لا ينفك أحدهما عن الآخر لان ولاية الشهادة لا تنفك عن الحر وحد الحر لا ينفك عن الاحرار ثم اذا كان مايدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر ينظر فان كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغائب مثل أن تقول المرأة لزوجها انك علقت طلاقى بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا وأقامت بينة ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بأن قالت علقت طلاقى بدخول فلان الغائب الدار فأقامت بينة أنه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه (ويقرض القاضى مال اليتيم) لانه يقدر على استخلاصه (ويكتب الصك) بالقرض ليحفظه لانه لكثرة اشتغاله يخاف أن ينساه (لا) يقرض (الوصى والاب) مال اليتيم لانهما لا يقدران على استخلاصه فيضمنان بالاقراض قال شمس الائمة فى الاب روايتان أظهرهما أنه ليس له أن يقرض وهل يقرض لنفسه فقيل له ذلك وعن الحسن عن أبى حنيفة ليس له ذلك

* هذا (باب) فى بيان أحكام (التحكيم) *

وهو مصدر من حكم بالتشديد اذا جعله حكما بفتحتين (حكما) أى حكم الاثنان (رجلا) يعنى جعلاه حكما (ليحكم بينهما فحكم) أى المحكم بينهما (ببينة أو اقرار) من المدعى عليه (أو نكول) عن اليمين (فى غير حد وقود) أى قصاص (ودية على العاقلة صح) حكمه (لو صلح المحكم) بتشديد الكاف وفتحها ان يكون (قاضيا) لانه بمنزلة القاضى فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط فى القاضى حتى لو حكما كافرا أو عبدا أو محدودا فى قذف أو صبيا لا يجوز وان حكما فاسقا أو امرأة جاز كما فى القضاء وكذا الكافر فى حق الكافر لانه أهل للشهادة فى حقه وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة وانما قال فى غير حد وقود ودية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته وكذا لا ولاية لهما على العاقلة ولا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه وأجاز فى المحيط التحكيم فى القصاص لانه من حقوق العباد وقال ابو بكر الرازى فى القصاص ينبغى أن يجوز لان ولى المقتول لو استوفى القصاص من غير أن يرفع الى السلطان جاز كذلك اذا حكم فيه لانه من حقوق بنى آدم وقال شمس الائمة فى شرح أدب القاضى من أصحابنا من قال بجواز التحكيم فى القصاص وحد القذف لان الاستيفاء اليهما (ولكل) واحد (من المحكمين) بتشديد الكاف وكسرها (أن يرجع قبل حكمه) أى قبل حكم المحكم لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما (فان حكم) المحكم بينهما (لزمهما) أى المحكمين لان حكمه صدر عن ولاية شرعية كالقاضى اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا (و) اذا رفع حكمه الى القاضى (امضى القاضى حكمه) يعنى نفذه (ان وافق مذهبه) لانه لا فائدة فى نقضه ثم فائدة هذا الامضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه (والا) أى وان لم يوافق

مذهبه

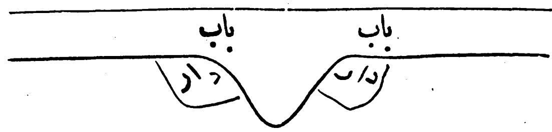
مذهبه (أبطله) لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع على ما مر وقال ابن أبي ليلى هو بمنزلة المولى من جهة الامام حتى لا يكون لاحد أن ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي ولو أخبر هذا المحكم باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان أخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية (ويبطل حكمه) أي حكم المحكم (لابويه وولده وزوجته) للتهمة (كحكم القاضي) لهؤلاء (بخلاف حكمه) أي حكم المحكم (عليهم) أي على ابويه وولده وزوجته لعدم التهمة كحكم القاضي على هؤلاء

هذه (مسائل شتى) أي متفرقة وهي جمع شتيت وهو المتفرق وهو هنا مرفوع على الوصفية للمسائل فاذا قلت جاءني القوم شتى يكون نصبا على الحال أي متفرقين (لا يتد) أي لا يدق وتدا من وتد يتد من باب ضرب يضرب وأصل يتد يوتد حذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة كما في بعد أصله يوعد (ذو سفل) أي صاحب سفل (فيه) أي في السفل صورته ان يكون بيت وفوقه طبقة كل واحد لرجل فليس لصاحب السفل وهو البيت التحتاني ان يدق فيه وتدا (ولا ينقب كوة) بضم الكاف وتشديد الواو وهي الطاقة وفي الديوان بفتح الكاف وهي الروزن (بلا رضا ذي العلو) أي صاحب العلو وهو الطبقة عند أبي حنيفة وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو ان يبني على العلو بيتا أو يضع عليه جذوعا أو يحدث كنيفا قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة على معنى أنه لا يمنع الا ما فيه ضرر ومثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والحرمة عارضة وهو بالضرر لغيره وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستأجرة ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو أن يبني السفل ان شاء ويبني عليه علوه ثم يرجع بقيمة البناء عليه ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البناء لانه مضطر في ذلك بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها أحدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه أن يقسم عرصتها ويبني في نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكنه الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرناه ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون (زائغة) أي سكة من زاغت الشمس اذا مالت وتسمى المحلة والسكة زائغة لميلها من طرف الى طرف وفي تهذيب ديوان الادب الزائغة الطريق الذي حاد عن الطريق الاعظم وقوله (مستطيلة) صفتها أي طويلة من استطال بمعنى طال (يتشعب) أي يتفرع (عنها) أي عن الزائغة المستطيلة (مثلها) يعني مثل الزائغة زائغة أخرى طويلة ولكنه (غير نافذ) الى موضع آخر ولا له طريق غير طريق الزائغة المستطيلة (لا يفتح أهل) الزائغة (الاولى فيه) أي في الزائغة المتشعبة وتذكير الضمير باعتبار المثل (بابا) الى السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص ألا ترى انه

لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى بخلاف ما اذا كانت الزائغة المتشعبة
نافذة لان الاستطراق حق العامة وهم من جاتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لان له أن يرفع
جداره كله بالهدم فأولى أن يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول ولكن هذا فيما اذا أراد
بفتح الباب المرور فانه يمنع استحسانا واذا أراد به الاستضاءة أو الريح دون المرور لم يمنع من ذلك
كذا نقل فخر الاسلام عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى (بخلاف) الزائغة (المستديرة) يعني
اذا كانت الزائغة الثانية المتشعبة مستديرة يجوز لاهل الزائغة المستطيلة فتح الباب لانها
لما كانت مستديرة وهي التي فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة صارت كأنهما
سكة واحدة وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا اذا كانت
المستديرة غير نافذة أيضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور وهذه من مسائل
الجامع الصغير وقال الفقيه أبو الليث بيانه اذا كانت سكة غير نافذة وفيها سكة أخرى عن
يمينها أو عن شمالها ولرجل في السكة دار بابها الى السكة العظمى وبعض حوائطها الى
السكة الاخرى التي في هذه السكة فأراد أن يفتح بابا في تلك السكة ليس له ذلك لان تلك السكة
خاصة لاهلها ألا ترى انه لو بيعت دار في تلك السكة فالشفعة لهم خاصة دون أهل السكة
العظمى فان أراد انسان من أهل تلك السكة أن يفتح بابا الى السكة العظمى له ذلك لان السكة
للجميع وان كانت زائغة مستديرة يعني سكة فيها اعوجاج حتى يبلغ عوجها رأس السكة فلكل
واحد منهم أن يفتح بابه في تلك السكة في أي موضع شاء لانها سكة واحدة من أولها الى آخرها
وهي بينهم بالشركة ألا ترى ان وجوب الشفعة لهم جميعا صورة الاولى

باب باب
دار دار

ذكر في الغاية ان الزائغة المتشعبة غير نافذة وكذا الزائغة الاولى أيضا غير نافذة كذا ذكر
التمرتاشي والفقيه أبو الليث كما ذكرنا حيث قالا سكة طويلة غير نافذة وسكة أخرى عن يمينها
أو شمالها غير نافذة ولكن في أكثر الكتب لم يقيد الاولى بكونها غير نافذة فلذلك صورتها
غير نافذة صورة الثانية



اعلم ان للانسان أن يتصرف في ملكه ما شاء ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له أن يتخذ في داره حماما
وعن أبي يوسف ان تأذى الجيران بدخانه فلهم منعه الا أن يكون دخانه مثل دخانهم وأن يتخذ
حظيرة غنم وان تأذى الجيران من نتن السرقين وأن يحفر بئرا وان كان حائط جاره نزمنها وقيل
ان كان يعلم يقينا أنه منه فله منعه ولا يجوز أن يبني تنورا للخبز الدائم كما في السوق أو رحى
للطحن أو مدقات للقصارين استحسانا ولو سقط حائط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من

جاره

جاره أن يساعده فى البناء قال أصحابنا لا يجبر وقال الفقيه أبو الليث يجبر فى زماننا وقال قاضيخان ان كان الحائط يحتمل القسمة ويبنى كل واحد فى نصيبه السترة لا يجبر والا أجبر وقيل ان كان يقع بصره فى دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة وان كان يقع فى سطحه فلا يمنعه (ادّعى) رجل (دارا فى يد رجل انه) أى الرجل المدّعى عليه (وهبها) أى الدار (له) أى للمدّعى (فى وقت فسئل) المدّعى (البينة فقال) المدّعى (جحدنيها) أى جحدنى المدّعى عليه الهبة (فاشتريتها) أى الدار منه (وبرهن) أى أقام بينة (على الشراء) منه (قبل الوقت الذى يدّعى فيه الهبة لا تقبل) بينته للتناقض لانه يدعى الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر (و) لو برهن على الشراء (بعده) أى بعد الوقت الذى يدعى فيه الهبة (تقبل) بينته لانه يمكن التوفيق لانّ الشراء وجد بعد الوقت الذى يدعى فيه الهبة فلا يكون متناقضا ولو لم يقل جحدنى الهبة والمسئلتان بحالهما لا تقبل فى الاولى وتقبل فى الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه ولو لم يذكرا لهما تاريخا أو ذكر لاحدهما ينبغى أن تقبل بينته لانه يمكن التوفيق بأن يجعل الشراء متأخرا (ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الامة فانكر) الآخر الشراء يجوز (للبائع ان يطأها) أى الجارية (ان ترك الخصومة) مع الآخر لانه لما جحد الشراء كان ذلك فسخا منه لانه رفع العقد من الاصل والجحود كذلك فكانت بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا ساعده البائع بترك الخصومة ثم فسخ فحل له وطؤها وله ان يردها على بائعها بالعيب ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضى حتى اذا أقام المشترى بعد ذلك بينة انه اشتراها منه لا تقبل بينته (ومن أقر بقبض عشرة) دراهم من رجل (ثم ادعى انها زيوف صدق) سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا وكذا اذا ادّعى انها نبهرجة ولو ادّعى انها ستوقة لا يصدق لانّ اسم الدراهم يقع على هذه الاشياء دون الستوقة ولهذا لو تجوّز بالزيوف أو النبهرجة جاز حتى فى الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد فيصدق فى انكاره قبض حقه مع يمينه بخلاف ما اذا أقر انه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى حيث لا يصدق فى دعواه الزيوف لانه متناقض والزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش وقيل الزيوف هى المغشوشة والنبهرجة هى التى تضرب فى غير دار السلطان والستوقة صفر مموه وعن الكرخى الستوقة ما كان عليه الصفرة أو النحاس هو الغالب (ومن قال لآخر لك علىّ ألف) درهم (فرده) المقر له بأن قال ما كان لى عليك شئ أو قال بل هو لك أو لفلان (ثم صدقه) بأن قال بل كان لى عليك فى مكانه أو بعده (فلا شئ عليه) أى على المقر لانّ الاقرار هو الاوّل وقد ارتدّ بردّ المقر له والثانى دعوى فلا بدّ من الحجة أو تصديق الخصم (ومن ادّعى على آخر مالا فقال) الآخر وهو المدعى عليه (ما كان لك على شئ قط فبرهن المدعى) أى أقام بينة (على ألف) أى على أنّ له عليه ألف درهم (وهو) أى والحال أنّ المدعى عليه (برهن) أى أقام بينة (على القضاء) أى على انه قضاه (أو) على (الابراء) اى أو على انه أبرأه (قبل) برهان المدعى عليه أى بينته وقال زفر لا يقبل لانّ القضاء والابراء يكون بعد الوجوب وقد أنكره فيكون متناقضا ولنا أنّ التوفيق ممكن لانّ غير الحق قد يقضى ويبرأ منه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شئ فيثبت ظاهرا ثم

يقضى (ولو زاد) كلمة (ولا أعرفك) على ما ذكر بأن قال مالك على شئ قط ولا أعرفك (لا) تقبل بينة المدعى عليه على القضاء أو الابراء لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة فى دفع واخذ وقضاء واقتضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه وذكر صاحب النافع ولو قال ما كان لك على شئ قط ولا أعرفك لا تسمع دعواه ولو قال ليست لى حجة أو قال ليس لى حق لم تقبل منه الدعوى وذكر القدورى انه يقبل أيضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فأمكن التوفيق بهذا الطريق وفى النهاية فعلى هذا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وفى الكافى تقبل البينة على الابراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا فيمن قال لم أدفع ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعى بذلك فتقبل بينته لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار (ومن ادعى على آخر انه باعه امته) منه (فقال) الآخر (لم أبعها منك قط فبرهن) المدعى أى أقام بينة (على الشراء) منه (فوجد) المدعى المشترى (بها) أى بالجارية (عيبا) وأراد ردها عليه (فبرهن البائع انه) أى أن المشترى (برئ اليه من كل عيب) بها (لم تقبل) بينة البائع لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد اذ الصفة بدون الموصوف لا تتصور وقد أنكره فيكون مناقضا وعن أبى يوسف انها تقبل لان التوفيق ممكن بأن لم يبعها هو وانما باعها منه وكيله وابرأه عن العيب فيكون صادقا بذلك (ويبطل الصك بان شاء الله) هذا نصف بيت من أبيات المنظومة وتمامه وأبطلا آخره لا الجمله أى يبطل صك الشراء أو الاقرار اذا كتب فى آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء والاقرار بذلك ولا يلزمه شئ لان الاستثناء مبطل ولو كتب فى آخر الصك فمن قام بهذا الحق فهو وكيل ان شاء الله أو كتب فما أدرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه بطل الصك كله عند أبى حنيفة حتى يبطل الاقرار والشراء وقالا ينصرف الى ما يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله اذ الاصل فى الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ما قصدوه فينصرف الى ما يليه ضرورة وله أن الكل كشئ واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما فى الكلمات المعطوفة بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله (وان مات ذمى فقالت زوجته أسلمت بعد موته وقالت الورثة) لا بل (أسلمت قبل موته فالقول لهم) أى للورثة وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث والاصل فيه أن يضاف الى أقرب أوقاته وهو ما بعد الموت فيضاف اليه قلنا سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما فى جريان ماء الطاحون (وان قال المودع) بفتح الدال (هذا ابن مودعى) بكسر الدال (لا وارث له) أى المودع (غيره) أى غير هذا الابن (دفع) أى المودع (المال اليه) أى الى الابن لاقراره بأن ما فى يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما اذا أقر انه ملك المورث وهو حى اصالة بخلاف ما اذا أقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض أو انه اشتراه منه حيث لا يأمر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع فى العين بازالتها عن يده لان يد المودع كيد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف المدين اذا أقر انه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بخالص حقه واختلف فى اللقطة اذا أقر الملتقط انها لفلان هل يؤمر بالدفع اليه

ولو

ولو ادّعى أنه وصى الميت فصدقه مودع الميت او غاصبه أو وصيه لا يأمر بالدفع اليه (وان قال) مودع الميت (لآخر) أى لرجل آخر بعد ما أقر للاول (هذا) وأشار الى شخص (ابنه أيضا وكذبه) الابن (الاول قضى) بالمال (للاول) أى للابن الاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح (ميراث قسم بين الغرماء) أى أصحاب الديون (لا يكفل منهم) أى لا يؤخذ منهم كفيل (ولا من وارث) عند أبى حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل منهم لانه يحتمل أن يكون له وارث أو غريم غائب وله ان حق الحاضر ثابت قطعا فلا يؤخر لاجل الموهوم الى أن يعطى الكفيل والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم وأما اذا ثبت بالاقرار يؤخذ كفيل بالاتفاق وان قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق (ولو ادّعى) شخص (دارا ارثا) أى موروثة (لنفسه ولاخ له غائب وبرهن عليه) أى أقام بينة على ذلك (اخذ) المدّعى (نصف المدّعى) بفتح العين وهو النصف الذى هو نصيب الحاضر (فقط) يعنى لا يأخذ نصيب الغائب بل يترك فى يد ذى اليد ولا يستوثق من ذى اليد بكفيل عند أبى حنيفة وقالا ان كان الذى هو فى يده جاحدا أخذ منه وجعل فى يد أمين وان لم يجحد ترك فى يده لان الجاحد خائن فلا يترك فى يده وله ان الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى استيفاء نصيبه وليس للقاضى أن يتعرّض لودائع الناس ولا لغيرها حتى يأخذها من أيدى من هى عنده فصار نظيرما لو عرف القاضى ملكا لانسان ثم رآه فى يد غيره فانه لا يأخذه منه ولا يتعرّض له مالم يحضر خصمه فكذا هذا (ومن قال مالى أو ما أملك فى المساكين صدقة فهو) أى قوله هذا يقع (على مال الزكاة) وقال زفر يلزمه التصدق بالكل لان اسم المال يتناول الكل وقال الشعبى لا يلزمه شئ وقال مالك وأحمد يجب عليه اخراج الثلث كالوصية وقال الشافعى ان علقه بشرط المنع كان يمينا فاذا حنث فعليه كفارة ولنا انه يعتبر بايجاب الله تعالى قال الله تعالى خذ من أموالهم صدقة فيتصدق بالنقدين وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية والارض العشرية ولا يتصدق بغير ذلك من الاموال لانها ليست بأموال الزكاة (ولو أوصى بثلث ماله فهو) أى ايصاؤه يقع (على كل شئ) بلا خلاف لانها أخت الميراث والميراث يجرى فى الكل فكذا هى (ومن أوصى اليه) على صيغة المجهول (ولم يعلم بالوصية فهو وصى) حتى لو باع شيأ من التركة قبل العلم بها جاز البيع وعن أبى يوسف لا يجوز حتى يعلم كما فى الوكالة ولهما انه خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث (بخلاف الوكيل) بأن وكله شخص ولم يعلم بها لا يكون وكيلا حتى لو باع من مال الموكل شيأ قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز لان الوكالة لاثبات ولاية التصرف فى ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية (ومن اعلم بالوكالة) بأن وكله رجل وهو لا يعلم فاعلمه واحد من الناس كان وكيلا فلذا (صح تصرفه) سواء أخبره بذلك عدل أو غير عدل صغيرا كان أو كبيرا لانه من المعاملات وليس فيه الزام وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام ولا يشترط فيه الا التمييز (ولا يثبت عزله) أى عزل الوكيل عن الوكالة (الا بعدل) أى بخبر عدل واحد (او) خبر اثنين (مستورين) عند أبى حنيفة وعندهما لا يشترط الا التمييز فى المخبر لانها من العلامات وله ان فيها الزاما من وجه فيشترط فيه أحد شرطى الشهادة اما العدد وأما

العدالة بيان الالزام ان الوكيل تلزمه العهدة على تقدير ان يتصرف (كالاخبار للسيد) أى كما أنه يشترط العدد أو العدالة فى الاخبار للسيد أى لمولى العبد (بجناية عبده) عند أبى حنيفة خلافا لهما حتى اذا أخبره واحد غير عدل فاعتق عبده لا يلزمه الارش عنده والدليل مامر وبيان الالزام فيه ان السيد على تقدير التصرف فى العبد بالعتق وغيره يلزمه الارش (و) كالاخبار (للشفيع) يشترط فيه أيضا العدد أو العدالة عنده خلافا لهما حتى اذا أخبره واحد غير عدل وسكت لا تبطل شفعته عنده وبيان الالزام فيه انه يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته (و) كالاخبار للانثى (البكر) يشترط فيه أيضا العدد أو العدالة خلافا لهما حتى اذا أخبرها واحد غير عدل بنكاحها فسكتت لا يكون رضا عنده خلافا لهما وبيان الالزام فيه انه يلزمها النكاح على تقدير السكوت (و) كالاخبار للشخص (المسلم الذى) أسلم فى دار الحرب ولكنه (لم يهاجر) الى دار الاسلام يشترط فيه العدد أو العدالة خلافا لهما حتى اذا أخبره واحد غير عدل بوجوب الشرائع لا يلزمه عنده خلافا لهما والاصح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره كما فى الرسول لا يشترط العدالة كالبكر اذا أخبرها رسول الولى بالتزويج (ولو باع القاضى أو أمينه عبدا) لرجل (للغرماء) أى لاجل ديونهم (واخذ) القاضى أو أمينه (المال) أى الثمن (فضاع) عند القاضى أو أمينه (واستحق العبد) ونزع من يد المشترى (لم يضمن) القاضى أو أمينه الثمن للمشترى لان أمين القاضى قائم مقامه والقاضى قائم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه يؤدى الى تباعدهم عن قبول الامانة فتتعطل مصالح الناس (ورجع المشترى) أى مشترى العبد المذكور (على الغرماء) لان البيع واقع لهم فيكون عهدته عليهم (وان أمر القاضى الوصى ببيعه) أى بيع العبد (لهم) أى لاجل الغرماء (فاستحق العبد) (اومات قبل القبض) من الوصى (فضاع المال) أى الثمن (رجع المشترى على الوصى) لانه هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وكذا الوصى الذى نصبه القاضى لانه نصبه ليكون قائما مقام الميت (وهو) أى الوصى يرجع (على الغرماء) لانه عامل لهم وقيل لا يرجع عليهم لان الضمان وجب عليه بفعله والاول أصح لما ذكرنا (ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا) وأشار الى شخص (بالرجم او بالقطع) أى بقطع يده فى السرقة (او بالضرب) فى حد (فافعله) أى ارجمه أو اقطعه أو اضربه (وسعك فعله) ولا تلام عليه عند الله تعالى لان طاعة أولى الامر واجبة قيدههنا بالعدل والعالم وفى الجامع الصغير لم يقيد بهما وهو الظاهر ورجع محمد عن هذا فقال لا يأخذ بقوله الا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا لفساد أكثر قضاة أهل زماننا ولا سيما فى قضاة هذه البلاد الذين يتولون بالرشوة وهم فى أنفسهم جهلاء وأكثرهم فسقة (وان قال قاض عزل) عن القضاء (لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها الى زيد قضيت به) أى بالالف حقا (عليك فقال الرجل أخذته ظلما) أى بطريق الظلم (فالقول للقاضى) لان المقضى عليه لما أقر انه فعله فى حال قضائه صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضى فجعل القول قوله وليس عليه يمين لانه ثبت انه فعل ذلك فى حال قضائه بتصادقهما (وكذا) القول للقاضى ولا يمين عليه (لو قال قضيت بقطع يدك فى حق) وقال المقضى عليه بل قطعتها ظلما لما ذكرنا ولكن الشرط فى الصورتين أن يعترف المقضى عليه

ان القاضى فعله فى حالة القضاء أشار اليه بقوله (اذا كان المقطوع يده) فى المسئلة الثانية (والمأخوذ منه المال) فى المسئلة الاولى (مقرا) وانتصابه على انه خبر كان (انه) اى أن القاضى (فعله) اى فعل هذا الفعل وهو الحكم بالمال فى المسئلة الاولى وبقطع اليد فى الثانية (و) الحال انه (هو قاض) فى ذلك الوقت فعلم من هذا أن المقطوع يده أو المأخوذ ماله اذا زعم انه لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل كان القول قول المدعى نص عليه شمس الائمة السرخسى وقال صاحب الهداية القول للقاضى أيضا هو الصحيح لانه استند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون كان معهودا منه

*هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الشهادة)

ومعناها الحضور قال عليه الصلاة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة أى حضرها والشاهد أيضا يحضر القاضى ومجلس الواقعة وفى الشرع ماذكره الشيخ بقوله (وهى) أى الشهادة (اخبار) بحق لشخص على غيره (عن مشاهدة) القضية التى يشهد بها بالتحقيق (و) عن (عيان) أى معاينة لتلك القضية والاشارة اليه بقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والافدع ثم أكد معنى الشهادة بقوله (لاعن تخمين) وهو القول بالحدس قاله الجوهرى وهو مصدر خمن بالتشديد ومادته خاء معجمة وميم ونون والتخمين والحدس فى الاخبار لا يفيد التحقيق والتيقن فلا يجوز الشهادة به وأكد معنى العيان بقوله (و) لاعن (حسبان) بكسر الحاء من حسبته كذا أحسبه بالفتح محسبة ومحسبة وحسبانا أى ظننته ويقال أحسبه بالكسر شاذ وأما حسبان بالضم فهو مصدر من حسب يحسب من باب نصر ينصر اذا عد وجعل الشارح هذا معنى لغويا للشهادة ثم قال وهى فى اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة وليس كذلك لان معناها اللغوى الحضور كما ذكرنا وهذا معناه الاصطلاحى وقوله اخبار عن مشاهدة وعيان هو اخبار بصدق وأما كونه فى مجلس القضاء فليس من تمام الحد وانما هو من شروط الشهادة وشرط الشئ خارج عن ذاته كما عرف (وتلزم) الشهادة أى أداؤها (بطلب المدعى) لانه حقه فيتوقف على طلبه فاذا طلب لايسع كتمانها لقوله تعالى ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ثم انما يأثم اذا علم أن القاضى يقبل شهادته وان علم انه لايقبل أو كان هو ثالثا أو رابعا وأدى غيره ولم يؤد هو لا يأثم لظهور الحق بغيره وهذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضى وان كان بعيدا بحيث لايمكنه أن يغدو الى القاضى لادائها ويرجع الى أهله فى يومه ذلك قالوا لايأثم لانه يلحقه بذلك ضرر قال الله تعالى ولايضار كاتب ولاشهيد ثم ان كان شيخا كبيرا لايقدر على المشى الى مجلس القاضى وليس له شئ للركوب فأركبه المدعى من عنده لابأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام وان كان يقدر وأركبه من عنده لاتقبل (وسترها) أى ستر الشهادة وكتمانها (فى) أبواب (الحدود أحب) من الاظهار لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه فى حقوق العباد (ويقول) الشاهد (فى السرقة اخذ) فلان الشئ الفلانى (لا) يقول (سرق) لان الحق يثبت بقوله أخذ وهو

المقصود وامتناعه من لفظ سرق محافظة على المندوب اليه فى الستر (وشرط للزنا) أى لاثباته (أربعة رجال) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم واشتراط الاربع مع وصف الذكورة يحقق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق (و) شرط (لبقية الحدود) وهى حد القذف وحد الشرب وحد السرقة (والقصاص رجلان) لحديث الزهرى رضى الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء فى الحدود (و) شرط (للولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل امرأة) فرجل مرفوع بقوله لا يطلع وامرأة مرفوع بقولنا وشرط المقدر وعند الشافعى لا بدّ فى ذلك من شهادة أربع نسوة لانّ الشهادة المطلقة بشهادة رجلين والمثنى منهنّ بمنزلة واحد وعند مالك وأحمد فى رواية يشترط ثنتان لانّ الواحدة فى هذا الباب كالرجل فيشترط فيه العدد كالرجال وبه قال ابن أبى ليلى قلنا انّ هذا خبر وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة وخبر الواحد فى الديانات مقبول وأما شهادتهنّ فى استهلال الصبىّ لا تقبل فى حق الارث عند أبى حنيفة لانه مما يطلع عليه الرجال وتقبل فى حق الصلاة عليه وعندهما تقبل وتقبل فى الولادة شهادة رجل واحد أيضا ثم اختلفوا فيما اذا قال تعمدت النظر قال بعضهم تقبل كما فى الزنا (و) شرط (لغيرها) أى لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال (رجلان او رجل وامرأتان) سواء كان ذلك الحق مالا أو غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال الشافعى لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا فى الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لانّ الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط ولكن فى الاموال ضرورة باعتبار كثرة وجودها وقلة خطرها فيقتصر عليها وبه قال مالك وأحمد ولنا ما روى أنّ عمر وعليا رضى الله عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة والاصل قبول شهادتهن لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهى المشاهدة والضبط والاداء وما يعرض لهنّ من قلة الضبط فهو مجبور بضم الاخرى اليها (و) شرط (للكل) أى لجميع مراتب الشهادة وهى أربع مراتب على ما مرّ (لفظ الشهادة) حتى تقبل حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته لانّ النصوص ناطقة بلفظ الشهادة فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها من زيادة توكيد لانها من ألفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها والعراقيون لا يشترطون لفظ الشهادة فى شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من باب الشهادة (و) شرط للكل أيضا (العدالة) لانها هى المعينة للصدق قال الله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضى وهى شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط أهلية الشهادة اذ الفاسق أهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون أهلا للشهادة الا أنّ فسقه أوجب التوقف فى خبره لتهمته وعن أبى يوسف انه اذا كان وجيها فى الناس ذا مروأة تقبل شهادته (ويسئل) على صيغة المجهول أى يسأل القاضى (عن الشهود سرا) أى فى سر (و) فى (علانية فى) سائر (الحقوق) عندهما وقال أبو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سال عنه سرا وجهرا الا فى الحدود والقصاص فانه يسأل عنه فى السر والعلانية وان لم

يطعن الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا المحدود فى القذف
ومثل ذلك عن عمر رضى الله عنه ولهما ان القضاء يبتنى على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول
وقيل هذا اختلاف زمان لا برهان فان عصر الامام كان من العصر المشهود لها بالعدالة سرا
وعلانية وعصرهما فى القرن الرابع بعد ما تغير أحوال الناس وظهرت الخيانات والكذب
والفتوى اليوم على قولهما وهو قول الشافعى وأحمد وعند مالك لا يسأل فيمن كان مشهورا
بالعدالة ثم التعديل فى السر أن يبعث المستورة وهى الرقعة التى فيها أسماء الشهود وسميت مستورة
لانها تخفى الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذى يصلى فيه ومحلته وسوقه
ان كان سوقيا فيسأل عن جيرانه واصدقائه فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه فى
كتاب القاضى انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك
ويقول الله أعلم الا اذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضى بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف
حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل المستورة سرا كيلا يظهر فيؤذى ولا بد فى التعديل
فى العلانية من أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفى شبهة تعديل غيره عن القاضى لاحتمال
أن يكون فى قبيلته من يوافقه فى الاسم وقد كانت العلانية فى الصدر الاول لان الشوكة
كانت لاهل الخير ولم يقدر عليهم أهل الشر ويكتفى بالسر فى زماننا وقال محمد تزكية العلانية
بلاء وفتنة ولا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود فى قذف اذا تاب
يكون عدلا والاصح أنه يكتفى بقوله هو عدل (وتعديل الخصم) يعنى تعديل المدعى عليه الشهود
(لا يصح) هكذا قال أبو حنيفة ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود وأما على
قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عنهم ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع ذلك فرع عليها فروعا
على قول من يرى وانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعى وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب
فى الجحود فتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن أبى يوسف ومحمد ان تزكيته تجوز اذا كان من
أهله بان كان عدلا لكن عند محمد لا بد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد وأبو
يوسف يجوزه والمراد به فيما اذا قال هم عدول لكنهم أخطؤا أو نسوا أما اذا قال صدقوا أو هم
عدول صدقة فقد لزمه الحق لاقراره به ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شئ لانهم مع
كونهم عدولا يتوهم منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا أن يكون كلامه صوابا
(والواحد يكفى للتزكية) أى لتزكية الشاهد (والرسالة) أراد بها رسول القاضى الى المزكى
(والترجمة) أراد بها المترجم عن الشهود لانها خبر وليست بشهادة حقيقة ولهذا لا يشترط لفظة
الشهادة فاذا يجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود فى القذف اذا تاب وكذلك يجوز
كون واحد من هؤلاء رسولا أو مترجما وفى المحيط أجاز تزكية الصبى وكذا تزكية من لا تقبل
شهادته له كتزكية أحد الزوجين للآخر وتزكية الوالد لولده وبالعكس وقال محمد يشترط
فى التزكية ما يشترط فى الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط فى تزكية شهود الزنا
أربعة ذكور وفى غيره من الحدود والقصاص رجلان وفى غيرهما من الحقوق يجوز رجلان أو
رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة رتبها على مراتب الشهادة لانها
كالشهادة وبه قالت الثلاثة الا رواية عن أحمد وقالوا يشترط الذكورة وعدد الشهادة فى تزكية

شهود الحد بالاجماع والاحوط فى الكل اثنان وهذا كله فى تزكية السر وأما فى تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها أظهر فانها تختص بمجلس القضاء (وله) أى وللانسان (ان يشهد بما سمع) من الاقوال (او رأى) من الافعال (كالبيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد) أى وان لم يشهده أحد من أصحاب تلك العقود والحقوق والحاكم (عليه) أى على ما صدر من القول أو الفعل بل يجب عليه اذا دعى اليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويقول أشهد انه باع وأقر وحكم وغصب وقتل لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به ولا يقول أشهدنى الا اذا أشهده كيلا يكون كاذبا ولو سمع من وراء الحجاب اقرار شخص لا يسعه أن يشهد لاحتمال أن يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان فى الداخل وحده ودخل الشاهد وعلم أنه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس به مسلك غيره فيسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغى للقاضى اذا فسر له أن لا يقبله ألا ترى ان الشهادة بالتسامع تجوز فى أشياء ثم عند التفسير لا تقبل وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز أن يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار وفى النوازل شرط رؤية شخصها دون وجهها (ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) أى ما لم يقل له الشاهد اشهد على شهادتى لان الشهادة ليست موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بعد النقل الى مجلس القضاء فيشترط فيها التحمل فلم يوجد فلا يجوز وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسع له أن يشهد لانه لم يحمله وانما حمل غيره (ولا يعمل شاهد) أى لا يشهد شاهد بخطه اذا رآه فى الكتاب حتى يتذكر الشهادة (و) لا (قاض) كذلك اذا وجد فى ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك أو فى قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة حتى يتذكر القضية (و) لا (راو) الحديث كذلك اذا وجد مكتوبا بخطه أو بخط غيره وهو معروف انه قرأه على فلان ونحوه أن يروى حتى يتذكر الرواية وقوله (بالخط) يرجع الى الكل كما ذكرنا (ان لم يتذكروا) أى هؤلاء أى الشاهد ان لم يتذكر الشهادة والقاضى ان لم يتذكر القضية والراوى ان لم يتذكر الرواية وهذا كله قول أبى حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط أن يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لانه يحتمل التزوير وقال محمد يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال أبو يوسف يجوز للراوى أن يعمل به لدلالة الظاهر وكذا للقاضى أن يحكم بالشهادة وان يمضى القضاء بذلك وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة بخلاف القاضى لان سجله فى قمطره وهو فى يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل والتزوير وكتابة الرواة بأيديهم فيؤمن من التزوير بخلاف كتابة الشهود لان الصك فى أيدى الخصوم فلا يؤمن من التبديل (ولا يشهد أحد (بما لم يعاينه) بالاجماع (الا النسب) بأن فلانا ابن فلان أو أخوه (والموت) بأن فلانا قد مات (والنكاح) بأن فلانا تزوج بفلانة (والدخول) بأن فلانا تزوج بفلانة ودخل بها (وولاية القاضى) بأن فلانا قد تولى القضاء من جهة فلان الامام (وأصل الوقف) بأن فلانا وقف

هذه

هذه الضيعة مثلا واحترز بقوله أصل الوقف من شرائطه لان أصله هو الذى يشتهر دون شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغينانى انه لابد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو الفقير أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا فى شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم الشاهد بهذه الاشياء انما تجوز شهادته اذا حصل له العلم بها اما بالتواتر أو باخبار رجلين أو رجل وامرأتين أو باخبار من يثق به وقيل فى الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة لانه قد يتحقق فى موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره وعند الثلاثة لابد من عدلين والقياس أن لا تجوز لانها بلا علم ولا مشاهدة وجه الاستحسان ان هذه الامور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون والاعصار ولو لم يقبل فيها بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام ثم ان التنصيص على الاشياء الستة ينفى اعتبار التسامع فى غيرها وعن أبى يوسف أنه يجوز فى الولاء أيضا اعتبارا بالنسب (قوله) أى فللشاهد (أن يشهد بها) أى بهذه الاشياء الستة (اذا أخبره بها) أى بهذه الاشياء (من يثق) الشاهد (به) وهذا الذى ذكره القدورى واختصر عليه الشيخ وقد ذكرناه الآن (ومن فى يده شئ) أى شئ كان من النقود والعروض والعقار (سوى الرقيق) ذكرا كان أو أنثى (لك ان تشهد أنه) أى ان ذلك الشئ (له) أى لمن فى يده لان اليد بلا منازع أقصى ما يستدل به على الملك وعن أبى يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه له ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن ولهذا قيل لو رأى درة ثمينة فى يد كناس أو كتابا فى يد جاهل وليس فى آبائه من هو أهل لذلك لا يسعه أن يشهد له واشترط الخصاف التصرف مع اليد وبه قال الشافعى وأحمد قيل هو المختار وعن مالك فى مدة يسيرة لا تقبل لا طويلة كعشر سنين وشرط النسفى التصرف مع اليد وان يقع فى قلبه انه له ثم المسئلة على أربعة أوجه الاول أن يعاين المالك بأن عرفه باسمه ونسبه ووجهه ويعاين الملك بان عرفه بحدوده ورآه فى يده بلا منازعة أحد ثم رآه فى يد غيره بعده جاز له أن يشهد بالملك للاول اذا ادعاه بناء على يده والثانى أن يعاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلانى ولم يعرفه بوجهه ونسبه فجاء فادعى أن المحدود ملكه حل له أن يشهد استحسانا لان المالك يصير معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا الضاعت حقوق الناس لان فيهم المحجوب ولا يبرز أصلا ولا يتصور أن يراه متصرفا فيه فان قلت هذا اثبات الملك بالتسامع قلت لا انما هو اثبات النسب به وفى ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا والثالث أن لا يعاينهما جميعا ولكن سمع من الناس انهم قالوا ان لفلان بن فلان ضيعة فى بلدة كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك والرابع أن يعاين المالك دون الملك لا يسعه أن يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة وقوله سوى الرقيق يعنى لا يجوز له أن يشهد فى الرقيق اذا رآه فى يده أنه ملكه لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى أنه حر الاصل كان القول قوله ولا يمكن أن يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لان الحر يستخدم أيضا طائعا كالعبد وفى الكافى عن أبى يوسف ومحمد انه يجوز له أن يشهد فى الرقيق أيضا وفى الهداية جعل ذلك عن أبى حنيفة وفيه قيدان أخل بهما الشيخ رحمه الله الاول أن لا يكون الرقيق صغيرا لانه اذا كان صغيرا يجوز له أن يشهد لمن هو فى يده

أنه ملكه والثانى أن لا يعرف رقه لانه اذا عرف رقه جازت الشهادة (وان فسر) الشاهد (للقاضى أنه شهد بالتسامع) فى موضع يجوز بالتسامع (أو) فسر للقاضى أنه شهد له بالملك (بمعاينة اليد) يعنى برؤيته فى يده (لا تقبل) لان القاضى لا يزيده علما بذلك فلا يجوز له أن يحكم الاترى أنه لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤيته فى يد انسان (ومن شهد انه حضر دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة) لموت فلان (حتى لو فسر) ذلك (للقاضى قبل) تفسيره فتقبل شهادته لان ذلك يزيد القاضى علما وهو لم يشهد الا بما علم فوجب قبولها والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (من تقبل شهادته ومن لا تقبل) شهادته

(ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر تقبل فيما جرى فيه التسامع وهو رواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه وبه قالت الثلاثة لان الحاجة فى هذه الشهادة الى سمعه وهو صحيح لا آفة به وعن مالك يجوز مطلقا كالبصير وقال أبو يوسف اذا تحمل الشهادة فى الديون أو فى العقار فيما لا يحتاج فيه الى الاشارة الى المدعى ثم ذهب بصره فشهد قبلت شهادته وبه قال الشافعى لانه حصل له العلم بالعيان وقت التحمل ولهما ان الاداء يفتقر الى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه ولا تمييز بينهما الا بالنغمة وفيه شبهة فلا بد من الاشارة وانه يتعذر فيه فلا تقبل (و) لا تقبل أيضا شهادة (المملوك والصبى) لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهما على انفسهما فأولى أن لا يكون لهما الولاية لغيره وعن احمد تجوز شهادة المملوك وعن الخرقى تجوز شهادة العبد فى كل شئ الا فى الحدود وفى الفتاوى الصغرى شهادة الصبى فيما لا يحضره الا الصبيان تقبل عند مالك وقال شريح تقبل شهادة العبد وبه قال داود وقال البخارى فى صحيحه وقال الحسن شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا واجازه شريح وزرارة بن أوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده وأجازه الحسن وابراهيم فى الشئ التافه (الا ان يتحملا) أى المملوك والصبى الشهادة (فى الرق) يرجع الى المملوك (والصغر) يرجع الى الصبى (وأديا) الشهادة (بعد الحرية) فى المملوك (و) بعد (البلوغ) فى الصبى لانهما أهل للتحمل (و) لا تقبل أيضا شهادة (المحدود فى قذف وان تاب) وقال الشافعى تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا وحكم المستثنى بخلاف المستثنى منه وبه قال مالك وعثمان البتى ولنا قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا فيتأبد الرد والمستثنى صفة الفسق فى قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون والواو فيه للاستئناف لا العطف فيكون منقطعا عن الاول فينصرف الاستثناء اليه ضرورة فان قيل كيف ينصرف الاستثناء الى ما يليه والاصل فى الاستثناء هو المتصل وهو أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والتوبة ليست من جنس الفسق قلنا الاستثناء من عموم الاحوال كأنه قال والله أعلم وأولئك هم الفاسقون فى جميع الاحوال الا فى حال التوبة فيكون الاستثناء متصلا أو نقول الاستثناء منقطع بمعنى لكن كقوله تعالى فانهم عدو لى الا رب العالمين فلا يرد السؤال (الا أن يحد الكافر فى قذف ثم اسلم) تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد بخلاف العبد اذا حد ثم عتق حيث لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة على أحد وقت الجلد فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق ولو ضرب

قوله وزرارة بن أوفى هكذا فى نسخة وفى أخرى ورواه ابن اوفى فليحرر اه

الذمى

الذمي فى حد القذف سوطا ثم أسلم ثم ضرب الباقى بعد الاسلام تقبل شهادته وعن أبي حنيفة اذا
ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لاتقبل شهادته وعنه اذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لاتقبل
شهادته وان كان دون ذلك تقبل وفى المبسوط لاتسقط شهادة القاذف مالم يضرب تمام الحد
وروى عنه انها تسقط اذا اقيم عليه الاكثر وروى عنه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته
(و) لاتقبل أيضا شهادة (الولد لابويه) أى لابيه وأمه (وجديه) جده من أب وجده من أم
(وعكسه) أى وعكس الحكم المذكور وهو شهادة الابوين والجدين للولد وارتفاع عكسه
على انه مبتدأ محذوف خبره أى عكس الحكم المذكور كالحكم المذكور لقوله عليه الصلاة
والسلام لاتقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته
ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولو قال والفرع لاصله وبالعكس أو الولد
لآبائه وأمهاته كان أولى وأعم فافهم (و) لاتقبل أيضا شهادة (أحد الزوجين للآخر) وقال
الشافعى تقبل لانه عدل شهد للغير ولنا مارويناه (و) لاشهادة (السيد لعبده) لمارويناه سواء
كان على العبد دين أولم يكن (و) لاشهادة السيد أيضا الاجل (مكاتبه و) لاشهادة (الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه ولو شهد له فيما ليس من شركتهما تقبل
لانتفاء التهمة (و) لاتقبل أيضا شهادة (المخنث) وهو الذى يتشبه بالنساء ويؤتى لانه فاسق
وأما الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشئ من الافعال الرديئة فهو عدل
مقبول الشهادة (و) لاشهادة (النائحة) التى تنوح فى مصيبة غيرها لانها ترتكب المحظورات
لاجل الطمع فى المال وتجعله مكسبة أما التى تنوح فى مصيبتها فلا تسقط عدالتها كذا
فى الذخيرة (و) لاشهادة (المغنية) لارتكابها المحرم وانما أطلق فى حقها ولم يقل تغنى للناس
وقيد به فى حقه لان نفس رفع الصوت حرام فى حقها بخلاف الرجل فانه لايمنع شهادته حتى
يجتمع الناس به لانه حينئذ يجمعهم على ارتكاب كبيرة وفى الاجناس لاتقبل شهادة أصحاب
المعصية وقطاع الطريق وأصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يقعد مع
الغناء والنائم والنائحة والمغنى والمغنية لاتقبل شهادة هؤلاء (و) لاشهادة (العدو) لعدوه (اذا
كانت العداوة دنيوية) لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لايؤمن من التقول عليه
وأما اذا كانت دينية فتقبل لانها من التدين (و) لاشهادة (مدمن الشرب) أى مداوم شرب
الخمر (على اللهو) لانه مرتكب محرم دينه وفى الكافى انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه
فان من شرب الخمر سرا ولايظهر ذلك منه لايخرج من أن يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما
تسقط عدالته اذا كان ذلك يظهر منه أو يخرج سكران فيلعب به الصبيان فانه لامروءة لمثله
ولايتحرز عن الكذب عادة وفى فتاوى قاضيخان لاتقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر
لانه كبيرة وفى الذخيرة ولاتجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به الادمان
فى الشرب وانما أراد به الادمان فى النية يعنى يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك اذا وجده
ولايجوز شهادة مدمن السكر وأراد به السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم فى سائر
الاشربة السكر بشرط الادمان على السكر والمحرم فى الخمر نفس الشرب فشرط الادمان على
الشرب وقال الناصحى لاتقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر

لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يوجب سقوط عدالته وان لم يكن نفس الجلوس فسقا فلا تقبل شهادته (و) لا شهادة (من يلعب بالطيور) لانه يورث الغفلة والغالب فيه ان يصعد الى السطوح فيطير طيره فينظر الى عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتني الحمام في بيته ليستأنس به ولا يطيره فلا بأس به الا ترى أن الناس يتخذون بروجا للحمام من غير نكير الا اذا كانت تجر حمامات آخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيأكل ويبيع منه لانه مملوك الغير فلا يحل لهذا لك وتسقط عدالته وفي بعض النسخ ومن يلعب بالطنبور لانه من اللهو وهذا أظهر لقوله (أو يغني للناس) لانه يجمع الناس على اللهو واللعب والمغني يسمعهم غناءه لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره لا بأس به ولا تسقط عدالته في الصحيح وان أنشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امرأة معينة فان كانت ميتة أو كان فيه ذكر امرأة غير معينة فلا بأس به وان كانت معينة وهي حية يكره ومن المشايخ من أجاز الغناء في العرس الا ترى أنه لا بأس بضرب الدف فيه اعلانا للنكاح ومنهم من قال اذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القرائد ويصير به فصيح اللسان لا بأس به ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم من أباحه مطلقا (أو يرتكب ما يوجب الحد) لانه من الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب ودل كلامه أن ما يجب فيه الحد هو الكبيرة واختلفوا فيها فقال أهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشراك بالله تعالى والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها أكل الربا وأكل مال اليتيم بغير حق وقيل ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به فهو كبيرة وقيل ما فيه حد او قتل فهو كبيرة وقيل كل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون ان كل ذنب فوقه ذنب وتحته ذنب فهو بالنسبة الى ما فوقه صغيرة والى ما تحته كبيرة لان الاشياء الاضافية لا تعرف الا بالاضافة والاصح ما نقل عن شمس الائمة الحلواني أنه قال ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر (أو يدخل الحمام بلا ازار) لان كشف العورة حرام (أو يأكل الربا) لانه من الكبائر وشرط في الاصل أن يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن (او يقامر بالنرد والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما) أي بسبب النرد والشطرنج لان كل ذلك فسق وكذا اذا كان يكثر عليهما الحلف وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب بالنرد ومن يكون ملعونا لم يكن عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه أحد المعاني الثلاثة التي ذكرناها الآن (أو يبول) على الطريق (أو يأكل على الطريق) لانه يدل على قلة الحياء (أو يظهر سب السلف) الصالحين وهم الصحابة والتابعون والعلماء كابي حنيفة وأصحابه لانه يدل على قلة مروءته وقصور عقله بخلاف ما كان يخفي السب لانه فاسق مستور (وتقبل) الشهادة (لاخيه وعمه) لعدم التهمة وهذا بالاجماع الا عند مالك لو كانا في عياله لا تقبل وعنه لو يصل اليهما كثيرا لا تقبل (و) كذا تقبل لاجل (أبويه رضاعا) أي من جهة الرضاع (و) كذا لاجل (أم امرأته و)

قوله بخلاف ما كان الخ كذا بخط المؤلف ولعل الاولى من كان اه من هامش

لاجل (بنتها) أى بنت امرأته (و) لاجل (زوج بنته و) لاجل (امرأة أبيه) وابنه لان الاملاك بينهم متميزة والايدى متحيزة فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولاداوا حد الزوجين للآخر على ما بينا (و) كذا تقبل شهادة (أهل الاهواء) لانهم فسقة من حيث الاعتقاد الا أن الحامل لهم على ذلك انما هو التدين به وذلك مانع من ارتكاب الكذب وعند مالك والشافعى فى قول لا تقبل وعند أحمد لا تقبل لثلاثة قدرية وجهمية ورفضية وشرط فى الدخيرة لقبول شهادتهم أن يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفى النهاية ان أصول أهل الاهواء ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثنى عشر فرقة وفى الغاية أراد بأهل الاهواء أصحاب البدع كالخارجى والرافضى والجبرى والقدرى والمشبه والمعطل وسموا أهل البدع أهل الاهواء لميلانهم الى محبوب نفوسهم بلا دليل شرعى أو عقلى والهوى محبوب النفس من هوى الشئ اذا أحبه (الا الخطابية) فان شهادتهم لا تقبل وهم قوم من الروافض ينسبون الى أبى الخطاب محمد بن ابى وهب الاجدع وقال أبو حاتم أحمد بن حمدان الرازى الخطابية نسبوا الى الخطاب واسمه أحمد بن أبى زينب الاسدى الاجدع وكان يقول بامامة اسمعيل بن جعفر فلما مات اسمعيل رجعوا الى القول بامامة جعفر وغلوا فى القول غلوا كبيرا وقال فى شرح الاقطع هم قوم منسوبون الى ابى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى ابن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليا رضى الله عنه هو الاله الاكبر وجعفر الصادق رضى الله عنه هو الاله الاصغر وكانوا يعتقدون أن من ادعى منهم شيأ على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته وذكر شمس الائمة الرخسى هم ضرب من الروافض يجوزون أداء الشهادة اذا حلف المدعى بين أيديهم انه محق فى دعواه ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا (و) كذا تقبل شهادة (الذمى على) الذمى (مثله) وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا تقبل لانه فاسق باحد أنواع الفسق وبه قال مالك وأبو عبد الرحمن ربيعة الرأى وقال ابن أبى ليلى ان اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت لا تقبل ولنا ما روى انه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا وعن أبى موسى الاشعرى وجابر بن عبد الله انه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف (و) كذا تقبل شهادة (الحربى على) الحربى (مثله) لان له ولاية على الحربى مثله (لا) تقبل شهادته (على الذمى) لانه لا ولاية له عليه لان الذمى من أهل دارنا وعند أحمد لا تقبل أصلا فى الكل وانما قال على مثله لانهما اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لا تجوز شهادة أحدهما على الآخر لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك وتقبل شهادة الذمى على المستأمن لان الذمى أعلى حالا منه فجاز أن يجعل له ولاية عليه وكذا تقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض بشرط اتحاد الدار بخلاف أهل الذمة حيث تقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا روميا وذاك تركيا وقال الناصحى فان أسلم المشهود عليه قبل أن يقضى عليه بطلت الشهادة (و) كذا تقبل شهادة (من ألم بصغيرة) أى بذنب ما دون الفواحش (ان اجتنب الكبائر) كلها لان الالمام من غير اصرار لا يقدح فى العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبياء عليهم الصلاة والسلام فيؤدى اشتراط العصمة الى سد باب

الشهادة وهو مفتوح ثم الحد فى العدالة فى الصحيح من غلبت حسناته على سيئاته فان التوقى
عن الكبائر كلها لابد منه ثم بعد ذلك يعتبر الغالب (و) كذا تقبل شهادة (الاقلف) وهو غير
المختون لاطلاق النصوص من غير قيد بالختان وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه لا تقبل
شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة واذا تركه لعذر به من كبر أو خوف هلاك لا يضر
عدالته وقال الناصحى تجوز شهادة الاقلف اذا كان عدلا (و) كذا تقبل شهادة (الخصى) وهو
منزوع الخصيتين قال الخصاف اذا كان عدلا (وولد الزنا والخنثى) لتحقق العدالة منهم لان
قطع العضو أو زيادته أو جناية أبويه لا توجب قدحا فى العدالة ثم الخنثى ان لم يكن مشكلا فلا
اشكال وان كان مشكلا يجعل امرأة فى حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز أن يشهد مع
رجل مالم ينضم اليه امرأة ولا مع النساء بلا رجل معهن (و) كذا تقبل شهادة (العمال)
بضم العين وتشديد الميم جمع عامل وهم عمال السلاطين الذين يأخذون الحقوق الواجبة
كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الامراء وقيل الذين يعملون بأيديهم
ويؤجرون أنفسهم وأياما كان تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق اللهم الا اذا كانوا
أعوانا على الظلم فحينئذ لا تقبل شهادتهم وفى الكافى هذا فى زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح
وفى زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير
ان كان العامل مثل عمر بن عبد العزيز ونحوه تجوز شهادته وان كان مثل يزيد بن معاوية ونحوه
لا تقبل شهادته (و) كذا تقبل شهادة (المعتق) بفتح التاء (للمعتق) بكسر التاء وكذا بالعكس
لعدم التهمة (ولو) مات رجل وترك ابنين ثم (شهدا أن أباهما أوصى اليه) أى الى رجل
(والوصى) هو الرجل المذكور (يدعى) الوصية (جاز) أى شهادة الابنين وتذكير الفعل
باعتبار المذكور من الشهادة لانه لم يثبت بهذه الشهادة شئ لم يكن للقاضى فعله وانما كان له
نصب الوصى فاكتفى بهذه الشهادة مؤنة التعيين لانهما زكياه بشهادتهما اذ لولا شهادتهما
لكان القاضى يتأمل فيمن يعين وفيمن يصلح فيعين من تثبت صلاحيته نظرا للميت وان لم يوص
لانه نصب ناظر المصالح المسلمين (وان أنكر) الرجل الوصية (لا) تقبل شهادتهما لان القاضى
لا يملك اجبار أحد على قبول الوصية ثم مثل عدم قبول الشهادة هنا بمسئلة أخرى بقوله (كما)
لا تقبل شهادة الابنين فى غيبة أبيهما (لو شهدا أن أباهما وكله) أى وكل فلانا (بقبض ديونه و)
الحال أنه قد (ادعى الوكيل) الوكالة (او انكر) ها وانما لا تقبل هذه الشهادة للتهمة
لان القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهى غير موجبة
فبطلت بخلاف مسئلة الوصية كما ذكرنا (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح مجرد) من غير
أن يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل
تحت الحكم وفى الغاية والجرح المجرد الذى لا يدخل تحت حكم القاضى كما اذا قال المدعى عليه
ان شهود المدعى فسقة أو قال استأجر الشهود وعند الشافعى رضى الله عنه يسمع ويحكم به وكذا
نقل عن الخصاف وانما لا تقبل الشهادة على جرح مجرد لان القاضى مأمور بالستر على المسلمين
وفى سماع البينة هتك الحرمة واشاعة الفاحشة وذلك حرام الا اذا تضمن حقا للشرع أو للعبد
فحينئذ تقبل كما اذا قال زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا أو أخذوا المال أو قتلوا النفس عمدا فتقبل

شهادتهما

شهادتهما ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى وهو الحد وايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفى ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال المدعى عليه صالحت الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا على به وأقام على ذلك بينة وطلب استرداده تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا على ولم أدفع لهم المال أو قال استأجرهم المدعى بكذا من المال على أن يشهدوا له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعى مجرد جرح لانه يدعى قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستئجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام لغيره فكان جرحا مجردا ولو أقام البينة على اقرار المدعى أن الشهود فسقة تقبل بينته وكذا اذا أقامها على اقراره انه استأجرهم أو على اقرارهم أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق وكذا اذا أقامها انهم عبيد او محدودون فى قذف (ومن شهد) فى مجلس القاضى (ولم يبرح) أى لم يزل عن مجلس القاضى (حتى قال أوهمت بعض شهادتى تقبل) شهادته ولا يسمع قوله أوهمت بعض شهادتى (لو) كان (عدلا) لانه قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضى فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه فى أوانه وهو عدل فان قال ذلك بعد ما قام عن مجلس القاضى لا تقبل شهادته لجواز انه غره أحد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضى بجميع ما شهد به أولا حتى لو شهد بألف أولا ثم قال غلطت فى خمسمائة يقضى بالالف لان المشهود به أولا صار حقا للمدعى ووجب على القاضى القضاء به فلا يبطل برجوعه وقيل يقضى بما بقى لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة واليه مال شمس الائمة السرخسى وعن أبى حنيفة وأبى يوسف ان قوله يقبل فى غير المجلس فى الكل والاول هو الظاهر وفى النهاية أن الشاهد اذا قال أوهمت فى الزيادة أو فى النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا تفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه الحسن عن أبى حنيفة وبشر عن أبى يوسف والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاختلاف فى الشهادة)

(الشهادة ان وافقت الدعوى) بأن كانت فى ألف قرض وشهدا بألف قرض (قبلت) الشهادة لانها وافقت فأمكن القضاء (والا) أى وان لم توافق الشهادة الدعوى بأن كانت فى ألف قرض وشهدا بألف ثمن متاع (لا) تقبل الشهادة لانها خالفت فلم يمكن القضاء بها وذلك لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا تعتبر فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى ليست فيها بشرط (ادعى) رجل على آخر (دارا ارثا) أى موروثة (أو) ادعى دارا (شراء) أى مشتراة (فشهدا) أى الشاهدان (بملك مطلق) يعنى من غير ذكر سبب (لغت) الشهادة لانهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعى لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعى بزوائده بخلاف الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين (و) اذا كانت الشهادة (بعكسه) أى بعكس الحكم المذكور (لا) تلغو بل تقبل وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لانهما شهدا بأقل مما ادعى وذلك لا يمنع

قوله لانه يدعى قبله الخ كذا بخط المؤلف والصواب لانه لم يدع الخ اه من هامش

قبول الشهادة (ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) أى من حيث اللفظ ومن حيث المعنى
عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما الاتفاق فى المعنى هو المعتبر والمراد بالاتفاق فى اللفظ هو
تطابق اللفظين على اعادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل بمائة درهم
فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر باربعة وآخر بخمسة لا تقبل عند أبى
حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى باربعة وكذا ان شهد أحدهما بالف
والآخر بالفين لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظا ومعنى وعندهما تقبل
على الالف اذا كان المدعى يدعى بالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان
أو الثلاث ويقولهما قالت الثلاثة وعندهم يحلف المدعى ويستحق الزيادة لهما انهما اتفقا على
الاقل فثبت لوجود الحجة وتفرد أحدهما بالزيادة فلا تثبت لعدم الحجة وله أن اختلاف اللفظ يدل
على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين فلم يثبت واحد
من اللفظين لانه لم يشهد على كل منهما الا واحد فلا يقبل ثم فرع على هذا الاصل بالفاء بقوله
(فان شهد أحدهما) أى أحد الشاهدين (بألف و) شهد (الآخر بألفين لم تقبل) هذه
الشهادة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما (وان شهد) الشاهد (الآخر بألف
وخمسمائة و) الحال ان (المدعى يدعى ذلك) أى الالف والخمسمائة (قبلت) الشهادة (على
الالف) لاتفاقهما بألف وانفراد أحدهما بخمسمائة وهذا بالاتفاق وعند الثلاثة يستحق
الخمسمائة بحلفه ولو كان المدعى يدعى الاقل لا تقبل الشهادة فى الكل (ولو شهدا) أى
الاثنان (بألف وقال احدهما) أى أحد الشاهدين (قضاه) أى قضى المدعى عليه للمدعى
(منها) أى من الالف (خمسمائة تقبل) شهادتهما (بالالف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع انه) أى
أن المدعى عليه وهو المديون (قضاه) أى الدائن المدعى خمسمائة لانفراده به (الا أن يشهد معه)
شاهد (آخر) ليكمل النصاب حينئذ (وينبغى للشاهد) الذى شهد بانه قضاه خمسمائة يعنى يجب
عليه (أن لا يشهد) بالالف كلها اذا علم انه قضاه منها خمسمائة (حتى يقر المدعى بما قبض)
وهو خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم (ولو شهدا) أى الاثنان (بقرض الف) بأن شهدا
ان فلانا أقرض فلانا ألف درهم (وشهد أحدهما انه) أى المستقرض (قضاه) أى قضى
الالف للمقرض (جازت الشهادة على القرض) لتمام الحجة فيه ولا تقبل فى القضاء لعدمها
وذكر الطحاوى عن بعض أصحابنا انه لا يقضى بها القاضى وهو قول زفر (ولو شهدا) أى
الاثنان (بأنه) أى ان فلانا (قتل زيدا يوم النحر بمكة) شرفها الله تعالى (و) شهد (آخران انه)
أى ان فلانا المذكور (قتله) أى قتل زيدا المذكور (يوم النحر بمصر ردتا) أى الشهادتان لان
احدى الطائفتين كاذبة بيقين وليس احداهما أولى بالقبول من الاخرى وكذا لو اختلفا
فى الزمان أو الآلة التى وقع بها القتل (فان قضى) القاضى (باحداهما) أى باحدى البينتين
فى المسئلة المذكورة بأن حكم بالقصاص أولا (بطلت) البينة (الاخرى) اذا شهدت بعد
الحكم لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية (ولو شهدا) أى الاثنان (على
سرقة بقرة واختلفا) أى الشاهدان (فى لونها) أى فى لون البقرة بأن قال أحدهما سرق بقرة
بيضاء وقال الآخر بقرة سوداء قبلت شهادتهما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فاذا قبلت

(قطع) يد السارق لانه يحتمل اشتمالها على لونين وعندهما لاتقبل لان المشهود به مختلف وهذا
اذا كان المدعى يدعى بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف واما اذا ادعى سرقه بقرة بيضاأ وسوداء
لاتقبل شهادتهما بالاجماع وقيل هذا فى لونين متشابهين كالسواد والحمرة وأما فى لونين غير
متشابهين كالسواد والبياض لاتقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ذكره فى المبسوط
(بخلاف) الاختلاف فى (الذكورة والانوثة) بأن شهد أحدهما أنه سرق ذكرا والاخر انثى
حيث لاتقبل بالاجماع لانهما لايجتمعان فى بقرة واحدة (و) بخلاف الاختلاف فى لون
البقرة فى (الغصب) بأن قال أحدهما غصب بقرة بيضاء وقال الاخر سوداء لان الغصب
يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه الحال فلا تقبل منه الشهادة (ومن شهد لرجل أنه
اشترى عبد فلان بألف) درهم (وشهد آخر) أنه اشترى (بألف وخمسمائة بطلت الشهادة)
سواء كان المدعى هو العبد أو المولى لاختلاف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب
على واحد منهما وذكر علاء الدين السمرقندى رحمه الله تعالى ان الشهادة تقبل لان التوفيق
ممكن لان الشراء الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يشتريه بالف ثم يزيد عليه
خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد (وكذا) تبطل الشهادة بالاختلاف فى مقدار بدل
(الكتابة و) بدل (الخلع) اذا كانت المرأة هى المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون
المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه
المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما انفرد به أحدهما وان كان المدعى هو الزوج
يقع الطلاق باقراره ويكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت أقلهما وهو الذى اتفقا عليه لتمام نصاب
الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان كان المدعى هو العبد أو القاتل
لاتقبل شهادتهما وان كان هو المولى او الولى يثبت العفو والعتق باقرارهما فيكون دعوى
العين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه كما فى الخلع وفى الرهن ان كان المدعى هو المرتهن فهو
كدعوى الدين يثبت أقلهما وان كان هو الراهن فلا تقبل الشهادة وله أن يفسخه أى وقت شاء
صورته أن يدعى انه رهنه ألفا وخمسمائة وادعى انه قبضه ثم أخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه
فاقام بينة فشهد أحدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة يثبت أقلهما وفى الاجارة ان كان قبل
استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهو نظير البيع فلا تقبل شهادتهما وان كان بعد مضى المدة
فهو كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعى يدعى الاكثر وان كان يدعى الاقل لاتقبل شهادة
من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعى وهذه ثمان مسائل البيع والاجارة والكتابة والخلع والعتق
على مال والصلح عن دم العمد والنكاح والرهن ثم كل واحدة منها على وجهين اما ان يدعى
هذا وينكر الاخر أو يدعى الاخر وينكر هذا اما البيع اذا ادعى البائع وأنكر المشترى
أو العكس لاتقبل الشهادة اذا شهد احدهما على ألف والاخر على ألفين أو أحدهما على ألف
والاخر على ألف وخمسمائة سواء ادعى الاقل أو الاكثر واما الاجارة فقد ذكرت صورتها
واما الكتابة فان ادعى المولى والمكاتب منكر لا يلتفت الى شهادتهما لان الدعوى لاتنفذ لان
العبد متمكن من الفسخ وان ادعى المكاتب فهذا دعوى العتق لاتقبل الشهادة اذا اختلف
الشاهدان فى بدل الكتابة كما فى البيع والشراء واما الخلع والعتق على مال والصلح عن دم
العمد فان كان الدعوى من المراة والعبد والقاتل لاتقبل الشهادة اذا اختلف الشاهدان فى

قوله المدعى هو العبد لعله مشترى العبد كما فى الحاشية اه من هامش

قوله دعوى العين لعله الدين اه من هامش

البدل وان كان المدعى هو الزوج أو المولى أو ولى القصاص جازت الشهادة على الاقل لانه دعوى المال واما النكاح فان كان الزوج يدعى والمرأة منكرة واختلف الشاهدان فى المهر لاتقبل الشهادة وان كانت المرأة هى المدّعية فهذا دعوى المال عند أبى حنيفة حتى لو ادّعت النكاح بألف وخمسمائة واختلف الشاهدان فالنكاح جائز بالف عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لاتقبل الشهادة ولا يقضى بالنكاح وأما الرهن فان ادّعى الراهن واختلف الشاهدان لاتقبل الشهادة لانه لاحظ له فى الرهن لان حظ الرهن للمرتهن فكانت الشهادة بلادعوى فلا تقبل وان ادّعى المرتهن فشهد أحدهما على ألف والآخر على ألف وخمسمائة جازت شهادتهما على الاقل (فاما النكاح فيصح بألف) كأنه جواب عما يقال كيف الحكم فى النكاح اذا اختلف شاهداه فقال يصح بألف لاتفاقهما عليه وقد مرّ بيانه الآن (وملك المورث) كلام اضافى مبتدأ وقوله (لم يقض لوارثه) خبره صورته اذا ثبت شئ أنه ملك المورث بأن ادّعى انسان عينا فى يد انسان انها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه لا يقضى له (بلاجر) من الشهود بأن يجرّ الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له (الا ان يشهدا) أى الشاهدان (بملكه) أى بملك المورث بأن يقولا كانت لابيه يوم موته لانه اذا ثبت ملكه كان جرّا ضرورة (أو) ان يشهدا انها كانت (فى يده) عند الموت لان فيه جرا أيضا لان يده ان كانت يد ملك عند الموت فظاهر وان كانت يد أمانة فكذلك الحكم لان الايدى فى الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا والمضمون يملكه الضامن على ماعرف فيكون اثبات اليد فى ذلك الوقت اثباتا للملك (أو) ان يشهدا انها كانت (فى يد مودعه) بفتح الدال أى مودع المورث لان اثبات يد من يقوم مقامه اثبات ليده فيغنى اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجرّ فاكتفى به عنه (أو) ان يشهدا انها كانت فى يد (مستعيره) أى مستعير المورث بما ذكرنا وكذا مستأجره ومرتهنه وغاصبه وهذا عندهما وعند أبى يوسف الجرّ ليس بشرط بل اذا أثبت الوارث أنّ العين كانت للمورث يكفى لان ملك المورث قد ثبت بقول الشهود كانت له ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتا فلابد من اثبات النقل اليه وذلك بالجرّ الصورى أو المعنوى وهو الذى ذكرناه (ولو شهدا) أى الاثنان ان هذه العين كانت (بيد) شخص (حى منذ شهر ردّت) هذه الشهادة عندهما وعند أبى يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب أن تقبل ولهما انّ الشهادة قامت بمجهول لان اليد متنوّعة الى ملك وأمانة وضمان فلا يمكن القضاء بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متنوّع وقيد بالحى لانهما اذا شهدا الميت انها كانت فى يده وقت الموت تقبل اتفاقا (ولو أقرّ المدّعى عليه بذلك) أى باليد للمدّعى (أو شهد شاهدان انه) أى المدّعى عليه (أقرّ انه) أى ان المدّعى به (كان فى يد المدّعى) منذ شهر (دفع المدّعى به (الى المدّعى) لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقرّ به لاتمنع صحة الاقرار والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الشهادة على الشهادة) *

(تقبل) الشهادة على الشهادة (فيما) أى فى الموضع الذى (لا يسقط بالشبهة) احترز به عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة فلا تجوز فيهما وعند الثلاثة تجوز فيهما ايضا الا فى قول

للشافعى

للشافعي رحمه الله تعالى ورواية عن أحمد وذكر الناطفي انها لاتجوز في الوقف أيضا والصحيح انها تجوز احياء له وصونا له عن اندراسه وأشار الى شرط جواز الشهادة على الشهادة بقوله (ان شهد رجلان على شهادة شاهدين) أي على شهادة كل واحد من الشاهدين الاصلين لان كل واحد من الشهادتين قضية فلابد من تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولايشترط تغاير الفروع حتى لو اشهد أحدهما على شهادته رجلين وأشهدهما الآخر بعينهما جاز ولو شهد كل من الفرعين على شهادة كل واحد من الاصلين بانفراده لايجوز وكان القياس أن يكون شهود الفروع أربعة على كل شاهد من الاصل اثنان كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله تعالى حتى قال لايجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين أشهدهما صاحبه فيكون شهود الفرع أربعة وعند أحمد اذا اشهد كل واحد من شهود الفرع على كل واحد من شهود الاصل جاز كذا في كتابهم المسمى بالمستوعب ولنا ماروى عن علي رضي الله تعالى عنه لايجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بأن يكون بازاء كل رجل فرعان ولان الرجلين ينقلان شهادة الاصل وهو من الحقوق وقد تم على هذا الحق نصاب الشهادة (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا وعند الاوزاعي وابن أبي ليلى وأحمد تجوز (و) صفة (الاشهاد ان يقول) الاصل للفرع (اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلانا أقر عندي بكذا) لانه كالنائب عن الاصل فلابد من التحميل والتوكيل (و) صفة أداء الشاهد (الفرع أن يقول) عند الاداء عند الحاكم (أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك) وهذا فيه خمس شينات وهو الاحسن فيما ذكروه وذكر الخصاف أنه يحتاج الى أن يأتي بلفظ الشهادة ثمان مرات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته وهو يشهد أن فلانا أقر عنده بكذا وأشهده على اقراره وقال لي اشهد على شهادتي وأنا أشهد بذلك وهو الاحوط فيما ذكروه ومنهم من قال أربعا وهو أن يقول أشهد أن فلانا قال لي اشهد على شهادتي وأنا أشهد ومنهم من قال ثلاثا وهو أن يقول أشهد أن فلانا قال لي اشهد على شهادتي أو أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته وقال صاحب الاختيار وهو أقل ماقيل فيه قلت ذكر محمد في السير الكبير أن يقول أشهد على شهادة فلان بكذا فذكر فيه شينين لاغير وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأبي جعفر وشمس الائمة السرخسي وهو أسهل وأيسر (ولا شهادة للفرع بلا موت أصله) أي أصل الفرع (أو مرضه) مرضا لايستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم (أو سفره) أي أو سفر الاصل ثلاثة أيام لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل وهو يتحقق بهذه الاشياء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لايقدر أن يبيت في منزله جاز الاشهاد احياء لحقوق الناس وعليه أكثر المشايخ وعن محمد أنه يجوز كيفما كان حتى روى عنه أنه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته بزاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وفي النهاية ذكر شمس الائمة السرخسي والقاضي الامام علي السغدي في شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله تعالى اذا شهد الفروع على شهادة الاصول والشهود في المصر يجب أن يجوز على قولهما وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لايجوز بناء على أن التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم لايجوز عنده خلافا لهما وفي المنتقى قال محمد أقبل الشهادة على الشهادة

والمشهود على شهادته فى المصر من غير مرض به ولا علة (فان عدّلهم) أى الاصول (الفروع صح) تعديلهم لان الفروع من أهل التزكية فيصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل أحد الشاهدين صاحبه (والا) أى وان لم يعدّلهم الفروع (عدّلوا) أى الاصول بسؤال غير الفروع عنهم لان المأخوذ عن الفروع النقل دون التعديل هذا عند ابى يوسف رحمه الله تعالى وأوجب محمد تعديل الفروع الاصول حتى لا تقبل الشهادة اذا لم يعدلوهم لان الشهادة تعتمد العدالة فاذا سكتوا صاروا شاكين فيما شهدوا به فلا تقبل (وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل الشهادة) أى الاشهاد بأن قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحمل شرط ولم يوجد (ولو شهدا) أى الاثنان (على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان) على فاطمة بنت على مثلا (الفلانية) المصرية مثلا أنها أقرت (بألف) درهم مثلا لفلان (وقالا) أى الشاهدان الفرعان (أخبرانا) أى الشاهدان الاصلان (أنهما) أى الاصلين (يعرفانها) أى فلانة المذكورة (فجاء) المدعى وهو المقرّ له (بامرأة وقالا) أى الشاهدان الفرعان (لم ندر) أى لم نعلم (هى) أى فلانة (هذه) أى التى جاء بها المدعى (أم لا قيل للمدعى) وهو المقرّ له (هات) أى أحضر (شاهدين آخرين يشهدان (أنها) أى ان هذه المرأة هى (فلانة) المذكورة لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعى يدعى أن تلك النسبة للحاضرة ويحتمل أن تكون لغيرها فلا بد من اثبات تلك النسبة للحاضرة (وكذا) الحكم فى (كتاب القاضى الى القاضى) بأن كتب أن فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعى امرأة عند القاضى المكتوب اليه وانكرت المرأة أن تكون هى المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها هى المنسوبة بتلك النسبة كما فى المسئلة الاولى (ولو قالا) اى الشاهدان الاصلان (فيهما) أى فى الفصلين فصل الشهادة على الشهادة وفصل كتاب القاضى الى القاضى فلانة بنت فلان (التميمية لم يجز حتى ينسباها) أى فلانة (الى فخذها) وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهى عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة الى الفخذ خاصة لان أول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان أخص من الكل وجعل الزمخشرى الفصيلة آخر الكل فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل مثلا خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصى بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمى الشعب شعبا لان القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه وقال الاستروشنى فى فصوله ورأيت فى موضع ثقة ولو ذكر اسمه واسم أبيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه هل يكفى فيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يكفى وفى اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضى بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع فى فصل مختلف فيه قاله فى الغاية وفى فتاوى قاضيخان وان حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفى بذلك (ولو أقرّ أنه

شهد

شهد زورا يشهر) عند أبي حنيفة والتشهير أن يبعث به القاضي الى محلته فيقال لهم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه (ولا يعزر) أى ولا يضرب وقالا يضرب ويحبس ان لم يحدث توبة لانه ارتكب محظورا فيعزر وبه قالت الثلاثة وله ان هذا أشد من التعزير ولان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب وهو وان كان تابعيا لكنه زاحم الصحابة في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد وقال الامام الحاكم أبو محمد الكاتب هذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ان يرجع على سبيل التوبة والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثاني أن يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث أن لا يعلم رجوعه بأى سبب فانه على الاختلاف المذكور ونبه بقوله أقر أنه شهد زورا كاذبا متعمدا وأما اذا قال غلطت أو نسيت أو أخطأت أو ردت شهادته لتهمة أو لمخالفة بين الدعوى والشهادة فانه لا يعزر والرجال والنساء وأهل الذمة في شاهد الزور سواء وهل تقبل شهادته بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذى حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق واختلفوا في مقدار مدة التوبة فقدره بعضهم بستة أشهر وبعضهم بسنة والصحيح أنه مفوض الى رأى القاضي وان كان عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته أبدا لان عدالته لا تعتمد وعن أبي يوسف أن شهادته تقبل وبه يفتى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الرجوع عن الشهادة)

(لا يصح الرجوع عنها) أى عن الشهادة (الا عند قاض) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم أى حاكم كان فاذا كان الرجوع عند غيره لم يصح فلو أقام المقضى عليه بشهادتهما بينة بأنهما رجعا عند غير القاضي أو طلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما اذا أقرا انهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح اقرارهما وان أقرا برجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهما في الحال وبخلاف ما اذا أقام البينة أنهما رجعا عند قاض آخر غير الذى كان قضى بالحق حيث تقبل هنالك بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا (فان رجعا) أى الشاهدان (قبل حكمه) أى قبل حكم القاضي بشهادتهما (لم يقض) بها لان كلامهما متناقض ولا ضمان عليهما الا حدا لخصمين لانهما لم يتلفا شيأ على أحد (و) ان رجعا (بعده) أى بعد حكم القاضي بشهادتهما (لم ينقض) الحكم لان الاول ترجح باتصال الحكم به (وضمنا) أى الشاهدان اللذان رجعا (ما أتلفاه للمشهود عليه) وهو المدعى عليه (اذا قبض المدعى المال) سواء كانا (دينا أو) كان (عينا) لان التسبيب على وجه التعدى يوجب الضمان كحفر البئر ووضع الحجر على الطريق وهذا بالاجماع الا في قول للشافعي رحمه الله تعالى لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة قلنا القاضي هو المباشر ولا يمكن ايجابه عليه لانه ملجأ ولا على المدعى لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب ومن العجب أنه يوجب القصاص عليهم اذا رجعوا بعد ما قتله الولى وهو يسقط بالشبهة وأمر الدم أعظم ولا يوجب المال وهو يثبت بالشبهة فان قلت أنتم أيضا أوجبتم المال على الشاهد اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل منهما جزاء الجناية قلت القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسبيب فيه قصور ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة

دون ضمان المال وقوله دينا أو عينا اختيار شمس الأئمة السرخسي وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود فيه دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له وكذلك العقار يضمنه قبل القبض عندهم لانّ العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام (فان رجع أحدهما) أى أحد الشاهدين (ضمن النصف والعبرة) في باب الضمان (لمن بقى) من الشهود (لا لمن رجع) وفى هذه المسئلة بقى من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف وعند الثلاثة رحمهم الله تعالى العبرة لمن رجع الا فى رواية عنهم لمن بقى وعندهم يجب ضمان النصف على الراجع على أصلهم (فان شهد ثلاثة) أنفس (ورجع واحد) منهم (لم يضمن) شيأ لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق وعند الثلاثة يضمن الراجع ثلث المال (وان رجع آخر) مع الذى رجع من الثلاثة (ضمنا) أى الراجعان (النصف) لانه بقى منهم واحد فيبقى ببقائه نصف الحق وعندهم يضمنان الثلثين (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة) واحدة (ضمنت الربع) لبقاء الثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأة اذ الرجل وحده بالنصف وهذا بالاجماع (فان رجعتا ضمنتا النصف وان شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان) من النسوة (لم يضمن) بتشديد النون لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان وعند الثلاثة تضمن ثمانية اجزاء النصف (فان رجعت) امرأة (أخرى) مع الثمانية (ضمن) بتشديد النون أيضا (ربعه) أى ربع المدّعى به وعندهم ضمن تسعة أجزاء النصف (وان رجعوا) يعنى كلهم الرجل والعشر نسوة (فالغرم) أى الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (بالاسداس) يعنى سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهنّ وان كثرن كرجل وبه قالت طائفة من الشافعية وله أنّ حالة اجتماع النساء مع الرجال كل امرأتين كرجل فصارت عشر نسوة كخمسة رجال (وان شهد رجلان عليه) أى على الرجل (أو عليها) أى أو على المرأة (بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا) أى الشاهدان (لم يضمنا) لانهما لم يتلفا عليهما شيأ بشهادتهما سواء كانت هى المدّعية أو هو وكذا لو شهدا بأقل من مهر المثل لانّ منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف (وان زاد) المهر (عليه) أى على مهر (المثل) ضمناها أى الزيادة على مهر المثل لانهما أتلفاها بشهادتهما من غير عوض هذا اذا كانت هى المدّعية وعند أشهب المالكى لا يضمنانها (ولم يضمنا) أى الشاهدان بالرجوع (فى البيع) بأن شهدا على البائع أنه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمناه (الا ما نقص من قيمة المبيع) بان كانت الشهادة باقل من القيمة ضمنا النقصان لانّ ذلك المقدار أتلفاه عليه بلا عوض سواء كان البيع بخيار الشرط للبائع أو كان باتا واذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر لا يضمنان شيأ لانهما أتلفا عليه المبيع بعوض يقابله أو يفوقه والاتلاف بعوض كلا اتلاف هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وان شهدا بنقد الثمن مع شهادتهما بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع بألف مثلا فقضى به القاضى ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن وان كان أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط ولو شهدا عليه بالشراء فقضى به ثم رجعا فان

كان بمثل القيمة أو أقل لم يضمنا للمشتري شيأ وان كان بأ كثر من قيمته ضمنا مازاد عليها للمشتري
(و) لو رجعا بعد الشهادة (في الطلاق) بأنه طلق امرأته (قبل الوطء) أى قبل الدخول بها (ضمنا)
أى الشاهدان بالرجوع للزوج (نصف المهر) لانهما أكدا عليه ما كان على شرف السقوط
(ولم يضمنا) أى الشاهدان (لو) شهدا أنه طلقها (بعد الوطء) ثم رجعا عن الشهادة لان المهر
تاكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي رحمه الله تعالى يضمنان للزوج مهر المثل (و) لو رجعا
بعد الشهادة (في العتق) بأنه اعتق عبده وحكم به الحاكم (ضمنا القيمة) أى قيمة العبد لسيده
لانهما أتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا
الضمان فلا يتحول الولاء وهذا الضمان لا يختلف بين أن يكونا موسرين أو معسرين لانه
ضمان اتلاف بخلاف ضمان الاعتاق ولو شهدا أنه كاتب عبده فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا
قيمته كلها لانهما حالا بينه وبين عبده فصارا كالغاصب له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان
المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته وكان من قضية
الضمان أن يملكاه لكن المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يعتق حتى يؤدي ما كان عليه
كما كان قبل رجوعهما فاذا أدى عتق والولاء للمولى لانه هو المكاتب له وانما الشاهدان قاما
مقامه في أخذ بدل الكتابة منه لا غير ويطيب لهما ما أخذا من المكاتب ان كان بدل الكتابة مثل
قيمته أو أقل وان كان أكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورد الى الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر ملكا
للشاهدين كما ذكرنا ويرد المولى ما أخذ من الشاهدين ولو اختار المولى أن يتبع المكاتب
ولا يضمن الشهود كان له ذلك ولو شهدا أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر فقضى به
ثم رجعا فان لم يكن معها ولد والمولى حي يضمنان له نقصان قيمتها فاذا مات المولى يضمنان للورثة
باقي قيمتها وان رجعا والمولى ميت ضمنا جميع قيمتها للورثة وان كان معها ولد والمولى حي ضمنا
نقصان قيمتها وقيمة جميع الولد واذا مات المولى ان لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا يضمنان له
شيأ ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما ان كانت له تركة والا فلا شيء على الابن وان كان
معه شريك فانهما يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد ومن باقي قيمة الام ويرجعان على الولد بما
قبض الاب منهما ان ترك مالا ولا يرجعان بما أخذه منهما شريكه ولا يضمنان لشريكه ما أخذه
الولد بالارث وان رجعا بعد وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما وان كان له
شريك في الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه الولد
ولا يرجعان على الولد هنا بما أخذه منهما شريكه وان شهدا بعد وفاته والمسئلة بحالها وقضى به
ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة وان كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها
وما أخذه الولد بالارث (و) لو رجعا بعد الشهادة (في القصاص) بأن شهدا أنه قتل فلانا عمدا
فقضى به فقتل ضمنا (الدية) عندنا (ولم يقتصا) أى الشاهدان وقال الشافعي رحمه الله تعالى
عليهما القصاص لانهما تسببا القتله قلنا التسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر ووضع الحجر وان
رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فالولي بالخيار ان شاء ضمن الولي الدية وان شاء ضمن
الشاهدين وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وكذا عندهما
ان ضمن الولي وان ضمن الشاهدين فلهما أن يرجعا على الولي لانهما عاملان له في الشهادة

فيرجعان عليه بما لحقهما به (وان رجع شهود الفرع ضمنوا) لان التلف يضاف الى شهادتهم (لا) يضمن (شهود الاصل بلم نشهد) أى بقولهم لم نشهد (الفروع على شهادتنا أو) بقولهم (أشهدناهم) أى الفروع (و) الحال انا (غلطنا) لان القضاء وقع بشهادة الفروع ولا يلتفت الى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث لا يقضى به لانكارهم التحميل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله تعالى يضمن شهود الاصل بقولهم أشهدناهم وغلطنا لان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كأن الاصول حضروا مجلس القاضى وبه قال أحمد فى وجه واليهما ماذكرناه وبه قال مالك والشافعى رحمهما الله تعالى (ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط) يعنى دون الاصول عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الكل فيتخيروا لهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع فاختص بهم الضمان وعند أحمد يضمن كلهم (ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الاصول أو غلطوا) يعنى بعد الحكم بشهادتهم لان مامضى من الحكم لا ينتقض بقولهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بأنهم كذبوا (وضمن المزكون بالرجوع) عن تزكيتهم عند ابى حنيفة لان شهادتهم فى معنى علة العلة وقالا لا ضمان عليهم لانهم أثنوا على الشهود خيرا فنزلوا منزلة شهود الاحصان (و) يضمن (شهود اليمين) صورته شهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم شهد آخران بان الشرط الذى علق عليه العتق أو الطلاق وجد وقد نزل المعلق فحكم بذلك ثم رجع الجميع فالضمان على شهود اليمين خاصة لان اليمين هى السبب والتلف انما يضاف الى من أثبت السبب دون الشرط المحض (لا) يضمن (شهود الاحصان و) لا شهود (الشرط) صورة الاولى أن يشهد أربعة بالزنا ويشهد آخران أنه محصن ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لانه علة ولا ضمان على شهود الاحصان لانه علامة وليس بشرط حقيقة وقال زفر يجب عليهم أيضا وصورة الثانية ماذكرناه فى شهود اليمين وفيه أيضا خلاف زفر رحمه الله وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض والصحيح أنهم لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات واذا شهد شاهدان بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدى الايقاع لانه علة والتفويض سبب والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الوكالة)

وهى الحفظ لغة ومنها الوكيل فى أسماء الله تعالى والتوكيل تفويض التصرف الى الغير والوكيل القائم بما فوض اليه (صح التوكيل) لما صح أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم ابن حزام بشراء الاضحية (وهو) أى التوكيل فى اصطلاح الشريعة (اقامة الغير مقام نفسه فى التصرف) الجائز المعلوم وقوله (ممن يملكه) أى التصرف يتعلق بقوله صح وقوله وهو اقامة الغير الى آخره معترض بينهما وذلك لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه فلا يتصور أن يستفيد ممن لا ولاية له على التصرف قيل هذا على قولهما وأما على قول أبى حنيفة فالشرط أن يكون حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل هو احتراز

عن

عن الصبي المحجور والعبد المحجور فانهما لو اشتريا شيأ لا يملكانه فكذلك لا يصح توكيلهما (اذا كان الوكيل يعقل العقد) بأن يعرف أن الشراء جالب والبيع سالب ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم أو الربح لا الهزل (ولو) كان الوكيل (صبيا أو عبدا محجورا) وهو واصل بما قبله والباء فى قوله (بكل ما يعقده) يتعلق بقوله صح التوكيل أى بكل شئ جاز أن يعقده (بنفسه) لاجل الحاجة لانه قد يكون غيره أهدى منه فان قلت يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له أن يوكل فيما وكل فيه قلت لا يرد لان المراد أن يعقد بنفسه لنفسه لا لما استفاده من جهة غيره من التصرفات فان قلت يرد جواز توكيل المسلم الذمى ببيع الخمر ونحوه مع أن المباشرة بنفسه غير صحيحة قلت هذا الاطلاق يمشى على قولهما لا على قول أبى حنيفة وقد أجيب بأن ذلك انما يرد ان لو قال كل عقد لم يجز له أن يعقده بنفسه لا يجوز أن يوكل به لان ذلك بطريق الطرد وأما بطريق العكس فلا يرد شئ فان قلت يرد النقض فى الطرد أيضا وهو أن الذمى يملك بيع الخمر بنفسه ولا يملك توكيل المسلم به قلت الذمى يملك التوكيل ههنا أيضا بأن يوكل ذميا مثله وانما لم يجز توكيله المسلم لكونه مأمورا بالاجتناب عنه وقال الشارح ويرد عليه الاستقراض فانه يجوز أن يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له أن يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل قلت لو أخرج الوكيل كلامه فى الاستقراض مخرج الرسالة يكون القرض للآمر حتى لا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه وعن أبى يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز (و) صح التوكيل أيضا (بالخصومة فى) سائر (الحقوق) لكن (برضا الخصم) أى بشرط رضاه عند أبى حنيفة وعندهما يجوز وان لم يرض وان لم يكن به عذر لان حق الدعوى حق المدعى فان شاء باشر بنفسه وان شاء فوض الى غيره وبه قالت الثلاثة وله أن الجواب مستحق على الخصم بلسانه عينا لانه هو المقدور له وفى التوكيل نقل هذا الحق الى غيره على وجه لا يعرى عن الضرر لصاحب الحق وهو ضرورة شدة الخصومة فلا يجوز بغير رضاه وقال صاحب الهداية ولا خلاف فى الجواز وانما الخلاف فى اللزوم فعنده لا يلزم يعنى لا يسقط حق الخصم فى طلب الحضور والدعوى والجواب بنفسه وهو قول ابن أبى ليلى وعندهما يلزم حكمه ويسقط حقه فى احضاره ودعواه بنفسه (الا أن يكون) استثناء من قوله برضا الخصم يعنى يشترط رضا الخصم الا عند كون الموكل (مريضا أو غائبا مدة السفر) وهو ثلاثة أيام (أو) يكون الموكل (مريدا للسفر) ولكن لا يقبل قوله انى أريد أن أسافر لكن القاضى ينظر فى حاله فان هيئة من يسافر لا تخفى على أحد (أو) تكون الموكلة امرأة (مخدرة) يعنى ليس لها عادة بالبروز ففى هذه الاعذار يجوز بلا رضا الخصم بالاجماع ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها اذا كان الحكم فى المسجد (و) صح التوكيل أيضا (بايفائها) أى بايفاء الحقوق (واستيفائها) لما سبق (الا فى حد وقود) أى قصاص وهو استثناء من قوله واستيفائها الا من قوله وصح التوكيل لان التوكيل باثباتهما جائز ولكن لا يجوز استيفاؤهما (ان غاب الموكل) لانهما يندرئان بالشبهة واحتمال العفو ثابت للندب اليه بخلاف ما اذا حضر لانتفاء هذا الاحتمال وعند الثلاثة يصح فى القود وان غاب الموكل الا رواية عن أحمد وقولا من الشافعى ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة البينة فاذا اقامت وثبت الحق

فللموكل استيفاؤه وقال أبو يوسف لايجوز التوكيل باثباتها أيضا كما لايجوز باستيفائها وقال
الطحاوى فى مختصره لاتجوز الوكالة فى الحدود والقصاص الا فى اثبات البينات عليها فاذا
وجبت اقامتها لم تقم الا بحضرمن الموكل بها فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لاتقبل
الوكالة فى شئ من ذلك من خصومة فيها ولا من اثبات بينة عليها ولا من غير ذلك منها وقال صاحب
الهداية وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه أى اذا وكل من عليه الحد
أو القصاص رجلا بالجواب عنه قال أبو حنيفة يجوز وقال أبو يوسف لايجوز وقول محمد مضطرب
ولكن لايجوز اقرار الوكيل على موكله بأن قال قتل موكلى القتيل الذى يدعيه الولى لشبهة
عدم الامر بذلك وان كان التوكيل بالجواب صحيحا على مذهب أبى حنيفة (والحقوق) جمع
حق وارتفاعه على الابتداء وقوله (فيما يضيفه) يتعلق بمحذوف تقديره والحقوق الكائنة
فى الشئ الذى يضيفه (الوكيل الى نفسه) عند العقد (كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار)
وقوله (تتعلق بالوكيل) خبر المبتدا وعند الشافعى تتعلق بالموكل كالرسول والوكيل بالنكاح
واخواته وبه قال مالك وأحمد ولنا أن الوكيل هو العاقد ولا يفتقر فى هذه العقود الى ذكر
الموكل والعاقد الآخر اعتمد رجوع الحق اليه فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسا
أو من لايقدر على مطالبته واستيفاء الثمن منه وانه منتف بخلاف الرسول لانه يضيف العقد الى
مرسله وبخلاف النكاح لانه لابد فيه من ذكر الموكل واسناد العقد اليه فلا ضرر حينئذ (ان لم
يكن) الوكيل (محجورا) كالعبد المحجور والصبى المحجور فانهما اذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق
الحقوق فى عقديهما بالموكل دفعا للضرر عن العقاد معهما وفيه اشارة الى ان العبد والصبى
المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق ويلزمهما العهدة مطلقا وقوله (كتسليم المبيع) الى آخره
مثال للحقوق التى تتعلق بالوكيل فيما يضيفه الى نفسه فان تسليم المبيع يجب على الوكيل
اذا كان بائعا (وقبضه) أى وقبض المبيع اذا كان الوكيل مشتريا (وقبض الثمن) اذا كان
بائعا (والرجوع) أى رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على البائع (عند الاستحقاق) أى عند
ظهور المستحق للمبيع وكذا الرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع (والخصومة) أى
خصومة الوكيل بالشراء مع البائع (فى) ظهور (العيب) فى المبيع وقوله (والملك يثبت
للموكل) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال اذا كانت الحقوق فى هذا الفصل راجعة
الى الوكيل كان ينبغى أن يعتق قريبه اذا اشتراه بالوكالة لان شراء القريب اعتاق فأجاب عنه
بقوله والملك يثبت للموكل (ابتداء) أى فى ابتداء الامر خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل
فى حق الكل لكن فى حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه كالعبد يتهب
أو يصطاد (حتى لايعتق قريب الوكيل) مثل أبيه وابنه (بشرائه) وكذا لايفسد نكاحه اذا
اشترى زوجته بالوكالة وفى حق الحقوق لم يخلفه فرجعت اليه (و) الحقوق (فيما يضيفه) الوكيل
(الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو) الصلح (عن انكار) وكالعتق عن مال
والكتابة والهبة والتصدق والاعارة والايداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة (تتعلق
بالموكل) لانه فى هذه الاشياء سفير محض ولهذا لايستغنى عن اضافته الى الموكل حتى لو أضاف
النكاح الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول ثم شرع يبين ما يترتب على هذا الحكم بالفاء

بقوله

بقوله (فلا يطالب وكيله) أى وكيل الزوج (بالمهر) أى بمهر المرأة التى تزوجت بالموكل (و) لا يطالب (وكيلها) أى وكيل المرأة (بتسليمها) أى بتسليم المرأة التى زوجها منه (وللمشترى منع الموكل عن الثمن) يعنى اذا وكل رجلا ببيع شئ فباعه ثم ان الموكل طالب المشترى بالثمن له منعه لان الموكل أجنبى عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا (وان دفع) المشترى الثمن (اليه) أى الى الموكل فى المسئلة المذكورة (صح) دفعه (ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لان المقبوض حقه وبرئت ذمة المشترى لوصول الثمن الى مستحقه ولهذا لو كان للمشترى دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له دين عليهما تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل وقال أبو يوسف لا تقع المقاصة بدين الوكيل بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشترى الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن الى الوصى ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله أصلا فلا يكون له الاخذ من الدين فيكون الدفع اليه تضييعا فلا يعتد به وبخلاف الوكيل فى الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد قبضه والله أعلم بالصواب

هذا (باب) فى بيان أحكام (الوكالة بالبيع والشراء)

الاصل أن الجهالة الفاحشة وهى الجهالة فى الجنس تمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن أولا كما لو وكله فى شراء ثوب أو دابة ونحوهما والجهالة اليسيرة لا تمنع وهى ما كانت فى النوع المحض كما لو وكله بشراء فرس أو حمار أو ثوب هروى أو مروى ونحوهما والجهالة التى بين الجنس والنوع ان بين الثمن لا تمنع كما لو وكله بشراء عبد أو جارية أو بين النوع بأن قال عبدا تركيا أو حبشيا ونحوهما وان لم يبين واحدا منهما لم يجز (أمره) أى أمر رجل رجلا (بشراء ثوب هروى) أى منسوب الى هراة مدينة بخراسان فتحت فى زمن عثمان رضى الله عنه (أو) أمره بشراء (فرس أو بغل صح) التوكيل لانه لم تبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا فى الصفة وهى محتملة فى الوكالة وسواء فى ذلك (سمى ثمنا أولا) أى أو لم يسم لانه ببيان جنس الثمن يصير معلوما عادة وفى قول عن الشافعى ورواية عن أحمد لا تصح هذه الوكالة (و) لو أمره (بشراء عبد أو دار صح) التوكيل (ان سمى ثمنا) لانه يعلم بذكر الثمن من أى نوع مقصوده (والا) أى وان لم يسم الثمن (لا) يصح لانه حينئذ يلتحق بجهالة الجنس (و) لو أمره (بشراء ثوب أو دابة لا) يصح (وان سمى ثمنا) لان هذه جهالة الجنس فلا يصح لما ذكرنا والجنس ما يدخل تحته أنواع متغايرة والنوع ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل كل اسم ينتظم شيأ نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه هذا الذى ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم فان كان فيه دلالة عليه كقوله ابتع لى ما رأيت جازت الوكالة فأى شئ اشتراه له يكون ممتثلا به وكذا لو قال اشترلى بألف ثيابا أو دواب أو أشياء أو ما شئت أو ما رأيت أو أدنى شئ حضرك أو ما يوجد أو ما يتفق (و) لو أمره (بشراء طعام يقع على البر) يعنى ينصرف الى القمح (ودقيقه) حتى لا يكون له أن يشترى غيرهما من الطعام والقياس أن يتناول كل مطعوم لانه اسم له وبه قالت الثلاثة وعليه الفتوى قاله الصدر الشهيد وقيل ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين الامرين فعلى الدقيق واذا لم

يدفع اليه الدراهم وقال اشترلي طعاما لم يجز على الآمر لانه وكله أن يشترى له مكيلا ولم يبين له
مقدارا وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر
على تحصيل مقصود الامر بما سمى له (وللوكيل الرد) أى رد المبيع (بالعيب مادام المبيع في يده)
يعنى من غير أمر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها تتعلق به دون الموكل
(فلو سلمه) أى فلو سلم الوكيل المبيع (الى الآمر) وهو الموكل (لا يرده) أى لا يرد الوكيل المبيع
بالعيب (الا بأمره) أى بأمر الموكل لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم اليه (و) للوكيل أيضا (حبس
المبيع) الذى اشتراه عن الموكل (للثمن) أى لاجل ثمن (دفعه) الوكيل (من ماله) وهذا ليس
بقيد بل وقع اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبسه عنه وقال زفر ليس له ذلك لان قبضه
كقبضه فكأنه سلمه اليه فيسقط حق الحبس وبه قالت الثلاثة ولنا أنه كالبائع من الموكل
فيثبت له حق الحبس (فلو هلك) المبيع (في يده) أى في يد الوكيل (قبل حبسه) عن الموكل (هلك
من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان الوكيل عامل له فيصير الموكل قابضا بقبضه حكما (وان هلك)
المبيع (بعد حبسه) أى بعد حبس الوكيل (فهو) أى في حكمه في الهلاك (كالمبيع) يعنى يهلك
بالثمن عندهما وعند أبى يوسف هو كالرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين لانه حبسه
للاستيفاء بعد ان لم يكن محبوسا وهو معنى الرهن وقال زفر هو كالغاصب فيضمن جميع قيمته
لانه ليس له أن يحبسه عنده فبالحبس يكون متعديا وبه قالت الثلاثة ولهما أنه بمنزلة البائع من
الموكل فكان حبسه لاجل استيفاء الثمن فيسقط الثمن بهلاكه وتوضيحه اذا كان الثمن خمسة
عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل ويتقاصان العشرة بالعشرة
عند من يقول بضمان الرهن ويرجع الموكل على الوكيل بمثله ان كان مثليا أو بجميع
قيمته عند من يقول بضمان الغصب واذا كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يتقاصان
بالعشرة والخمسة أمانة في يد الوكيل عند من يقول بضمان الرهن ويرجع الوكيل على الموكل بمثله
ان كان مثليا أو بخمسة عند من يقول بضمان الغصب واذا كان الثمن والقيمة على السواء يرجع
بمثله على الوكيل ويطالبه الوكيل بالثمن وان لم يكن مثليا يتقاصان عند من يقول بضمان المبيع
ويسقط الثمن كله ولا يجب شئ فافهم (ويعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم) لانه هو العاقد
فاذا قبضه تم العقد وان فارقه قبل القبض بطل العقد لفقد شرطه (دون الموكل) يعنى لا يعتبر
مفارقته قبل القبض لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في
القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول غير قبض
العاقد فلا يجوز قال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد أما اذا كان حاضرا في
مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهرزاده
قال الشارح هذا مشكل فان الوكيل أصيل في البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر قلت
هذا ليس بمشكل فان الوكيل نائب عنه فاذا حضر الاصيل فلا يعتبر النائب (ولو وكله بشراء
عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى) الوكيل (عشرين رطلا بدرهم مما) أى من اللحم الذى (يباع منه
عشرة) أرطال (بدرهم لزم) في هذا البيع (الموكل منه) أى من اللحم (عشرة) أرطال (بنصف
درهم) عند أبى حنيفة وعندهما يلزمه العشرون بدرهم لانه فعل المأمور وزاده خيرا وبه قالت

الثلاثة وله أنه مأمور بشراء أرطال مقدرة وليس بمأمور بشراء الزيادة فينفذ الشراء بالنصف وانما قيد بقوله من ذلك اللحم احترازا عما اذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم لايساوى ذلك فانه يصير مشتريا لنفسه بالاجماع (ولو وكله) أى شخصا (بشراء شئ بعينه) بأن وكله أن يشترى له هذا العبد أو هذه الدابة مثلا (لا يشتريه) الوكيل (لنفسه) لانه غرور وقال الشارح معناه لايتصور ان يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوى بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لايملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشترى له لان له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له ذلك بغير علمه لان فيه تعزيرا له بخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها لان النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها مطلق غير مقيد بالاضافة الى أحد فكل شئ أتى به لا يكون مخالفا به ولو وكله رجل آخر بأن يشترى له ذلك الشئ بعينه فاشتراه له كان للموكل الاول دون الثانى لانه اذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى ان لايملك الشراء لغيره (فلو اشتراه) الوكيل (بغير النقود) بأن اشتراه بالعرض أو الحيوان (أو) اشتراه (بخلاف ما سمى) الموكل له (من الثمن) بأن قال بألف مثلا فاشتراه بألفين (وقع) العقد (للوكيل) لانه خالف أمره فينفذ عليه وينعزل فى ضمن المخالفة (وان كان) وكله بشراء شئ (بغير عينه) فاشتراه (فالشراء) يقع (للوكيل الا أن ينوى) وقت الشراء أنه (للموكل أو يشتريه) الوكيل (بماله) أى بمال الموكل وان أراد أن يضيف العقد اليه وهذا لايخلو اما أن أضاف الشراء الى دراهم نفسه أو الى دراهم الموكل ففى الاول يقع الشراء له وفى الثانى كان للموكل وان أضافه الى دراهم مطلقة يرجع الى نيته فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه وان تكاذبا فى النية حكم بالنقد اجماعا وان توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد هو للوكيل وقال أبو يوسف يحكم بالنقد فيه كما فى التكاذب (وان قال) المأمور (اشتريت) هذا (للآمر) أى الموكل (وقال الآمر) اشتريته (لنفسك فالقول للآمر) ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل الا فى وجه للشافعية ورواية عن أحمد ان القول للمأمور (وان كان دفع اليه) أى الى الوكيل (الثمن فللمأمور) أى فالقول للمأمور بالاجماع قال الشارح هذه المسئلة على ثمانية أوجه اما ان يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل وجه على وجهين اما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان أخبر بشرائه والعبد حى قائم فالقول للمأمور اجماعا منقودا كان الثمن أو غير منقود وان كان ميتا حين أخبر فقال هلك عندى بعد الشراء وأنكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند أبى حنيفة وقالا للمأمور (وان قال) رجل لآخر (بعنى) أى بع لاجلى (هذا) العبد مثلا (لفلان) فانى اشتريته له (فباعه) أى فباع فلان العبد منه (ثم أنكر) المشترى (الآمر) يعنى أنكر أن

يكون فلان أمره بذلك وقال فلان أنا أمرته (أخذه) أى العبد (فلان) لان قوله يعنى افلان اقرار منه بأنه وكله فاذا أنكر الوكالة بعده صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل (الا أن يقول) فلان المشترى له (لم آمره به) أى بالشراء فحينئذ لا يأخذه بل يكون للمشترى لان اقرار المشترى ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشترى (الا أن يسلمه المشترى اليه) أى الى فلان المشترى له فيكون له بالتسليم وهذا استثناء من الاستثناء فالاستثناء الاول حكمه النفى والاستثناء من النفى اثبات (وان أمره) أى وان أمر شخص شخصا (بشراء عبدين عينين) أى معينين (و) الحال أنه (لم يسم) ثمنا (فاشترى) المأمور (له) أى للآمر (أحدهما) أى أحد العبدين (صح) الشراء له لان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز أن يشترى كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن أو أقل أو بزيادة يتغابن الناس فى مثله وليس له أن يشترى بما لا يتغابن الناس فيه لان الوكيل بالشراء ليس له أن يشترى بغبن فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند أبى حنيفة على ما يجىء ان شاء الله تعالى (ولو) أمره (بشرائهما) أى بشراء عبدين معينين (بألف و) الحال أن (قيمتهما سواء فاشترى) المأمور (أحدهما) أى أحد العبدين (بنصفه) أى بنصف الالف (أو أقل) من نصف الالف (صح) الشراء (و) لو اشترى أحدهما (بالاكثر) من نصف الالف (لا) يصح يعنى لم يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت (الا أن يشترى) العبد (الثانى بما بقى) من الالف الثمن (قبل الخصومة) أى قبل أن يختصما ويتنازعا فيه هذا عند أبى حنيفة وقالا ان اشترى أحدهما بأكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فى مثله وقد بقى من الالف ما يشترى بمثله العبد الباقى فهو جائز لان غرضه ملك العبدين فاذا بقى من الثمن ما يمكن شراء الآخر به يحصل غرضه فلا يكون مخالفا له وله انه أضاف الالف اليهما على السواء فيقتضى الانقسام عليهما على السواء فصار كأنه نص على شراء كل منهما بخمسمائة ولو كان كذلك لا تجوز الزيادة فكذا هذا وقيد بقوله بالاكثر لانه اذا اشترى أحدهما بخمسمائة أو اقل صح خلافا للثلاثة (و) لو أمر رجل مديونه (بشراء هذا) العبد مثلا (بدين له) اى للآمر (عليه) أى على المأمور (فاشترى) المديون المأمور ذلك (صح) الشراء ولزم الموكل (ولو) أمره بشراء عبد (غير عين) فاشترى (نفذ على المأمور) ولا ينفذ على الآمر حتى لو مات العبد عند المأمور مات من مال المأمور والالف عليه فان قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبى حنيفة وقالا هو لازم للآمر فى الوجهين وعلى هذا اذا قال الداين للمدين أسلم الدين الذى لى عليك الى فلان جاز وان لم يعين فلانا لم يجز عنده خلافا لهما فعندهما يجوز كيفما كان وكذا لو أمره بأن يصرف ما عليه من الدين وأصله ان التوكيل بالشراء اذا أضيف الى دين لا يصح عند ابى حنيفة اذا لم يكن البائع أو المبيع معينا وعندهما يصح كيف ما كان لهما ان النقدين لا يتعينان فى المعاوضات عينا كانا أو دينا ولهذا لو اشترى شيأ بدراهم على المشترى ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل الشراء ويجب عليه مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق والتقييد به سواء وله ان النقود تتعين فى الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا وأما مسئلة التصادق بان لا

دين عليه بعد الشراء به فلان النقد لا يتعين فى البيع دينا كان أو عينا فاذا لم يتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين اذ لم يتقيد به بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها وكلامنا فيها وفى النهاية ان النقود لا تتعين فى الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم وعزاه الى الزيادات والذخيرة (و) لو أمره (بشراء أمة بألف) درهم (دفع اليه فاشترى فقال) الآمر (اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور) اشتريتها (بألف فالقول للمأمور) اذا كانت الامة تساوى ألفا لانه أمين يدعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه حق الرجوع بخمسمائة والمأمور ينكر فكان القول قوله وان كانت تساوى خمسمائة لا يلزم الآمر لانه خالف أمره (وان لم يدفع) الآمر الالف الى المأمور والمسئلة بحالها (فللآمر) أى فالقول للآمر وتلزم الامة المأمور وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة خمسمائة فظاهر لما ذكرنا من المخالفة وان كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لانهما اختلفا فى مقدار ما يجب للوكيل على الموكل ثم اذا حلفا يفسخ العقد بينهما وتلزم الجارية المأمور لانتقاض ملك الآمر بالفسخ (و) لو أمره (بشراء هذا) العبد مثلا (ولم يسم ثمنا فقال المأمور اشتريته) أى العبد (بالف وصدقه البائع) على ذلك (وقال الآمر) اشتريته (بنصفه) وهو خمسمائة (تحالفا) لانهما اختلفا فى مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف كما فى المسئلة الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد فى الحال وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الخلاف والى هذا مال الفقيه أبو جعفر وقال قاضيخان وهو الاصح ومال أبو منصور الى الاول وقال فى الهداية وهو الاظهر وقال فى الكافى وهو الصحيح (و) لو أمره (بشراء نفس الآمر) بان كان عبدا فأمره أن يشتريه (من سيده بألف) درهم (ودفع) الالف الى الوكيل (فقال) الوكيل (لسيده) وقت الشراء (اشتريته) أى العبد (لنفسه فباعه) السيد على هذا (عتق) العبد (وولاؤه لسيده) لان بيع نفس العبد من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن فاذا اشتراه الوكيل صار البائع معتقا فيلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه (وان قال) الوكيل (اشتريته) ولم يبين انه يشتريه لنفس العبد (فالعبد) يصير ملكا (للمشترى) وهو الوكيل (والالف) الذى أخذه من العبد ودفعه الى المولى كان (لسيده) لانه كسب عبده (وعلى المشترى ألف مثله) أى مثل الالف الاول لاجل الثمن لان الاداء بطل لاستحقاق المولى ما أداه بجهة أخرى وهو انه كسب عبده فكان ملكا له قبل الشراء وعلى الوكيل ألف لانه عاقد وما لك للعبد وفى المسئلة الاولى المال على العبد دون الوكيل وذكر محمد فى وكالة الجامع الكبير ان العبد يعتق والمال على الوكيل والصحيح الاول (وان قال) رجل (لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال) العبد (للمولى بعنى نفسى لفلان ففعل) أى باعه المولى على هذا الشرط (فهو) أى العبد كان ملكا (للآمر) لان العبد اضاف العقد للآمر فصار ملكا له (وان لم يقل) العبد (لفلان) حين قال بعنى نفسى (عتق) لانه أضاف الشراء الى نفسه فكان اعتاقا على مال وكذا لو أطلق بأن قال بعنى نفسى ولم يقل لى ولا لفلان ثم الثمن هنا يكون فى ذمة العبد فى الوجهين دون ذمة الآمر أما اذا وقع الشراء له فظاهر وأما اذا وقع للآمر فلانه هو المباشر للعقد فترجع الحقوق اليه فيطالب

بالثمن ويرجع به هو على الآمر فان قلت هو محجور عليه والوكيل اذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه قلت قد زال الحجر هنا بالعقد الذى باشره مقترنا باذن المولى ثم ان كان الشراء للآمر فلا بد من قبول العبد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعت ولا يحتاج فيه الى قبول العبد بعد قوله بعنى نفسى لانه اعتاق فيستبد به المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفى العقد فى العتق كالنكاح ولا يتولى طرفى العقد فى البيع فافهم

هذا (فصل) فيما يتصرف الوكلاء من التصرفات الفاسدة وغيرها (الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له) أى للوكيل مثل قرابة الولاد وأحد الزوجين للآخر وعبيده عند أبى حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه لانه أتى بما وكل به والاملاك بينهم متباينة فكان عاقدا مع غيره بخلاف العبد والمكاتب وبه قال أحمد فى رواية والشافعى فى وجه وله أنه لا يعرى عن التهمة وهى مستثناة عن الوكالة والصرف والسلم والاجارة ونحوها على هذا الخلاف وفى النهاية أن الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان بأقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند أبى حنيفة خلافا لهما وان كان بمثل القيمة فعن أبى حنيفة روايتان فى رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفى رواية المضاربة يجوز (وصح بيعه) أى بيع الوكيل (بما قل وكثر) يعنى بالقليل والكثير (و) صح بيعه أيضا (بالعرض والنسيئة) يعنى الى أجل عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فى مثله ولهذا لا يجوز الا بالدراهم حالة أو الى أجل متقارب وهو رواية عن أبى حنيفة رواها الحسن عنه وهو قول الثلاثة أيضا لان المطلق يحمل على المتعارف وهو البيع بمثل القيمة أو بغبن يسير وله انه وكله بالبيع المطلق وهذا بيع مطلق فينفذ عليه (وتقيد شراؤه) أى شراء الوكيل (بمثل القيمة) حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع (وزيادة) أى وبزيادة على القيمة بما (يتغابن فيها) بين الناس (وهو) أى الغبن الذى هو اليسير الذى لا يخلو عنه عقود الناس (ما يدخل تحت تقويم المقومين) وما لا يدخل تحت تقويمهم غبن فاحش وقيل حد الفاحش فى العروض نصف عشر القيمة وفى الحيوان عشر القيمة وفى العقار خمس القيمة وفى الدراهم ربع عشر القيمة وقيل لا يتحمل الغبن اليسير أيضا وهذا ليس بشئ هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا (ولو وكله) أى ولو وكل رجل رجلا (ببيع عبده فباع نصفه صح) البيع عند أبى حنيفة لان اللفظ مطلق فيجوز مجتمعا ومتفرقا وقالا لا يجوز لان فيه ضرر الشركة وبه قالت الثلاثة (و) لو وكله (فى الشراء) أى بأن يشترى له عبدا فاشترى نصفه (يتوقف) شراؤه (ما لم يشتر) النصف (الباقى) فاذا اشترى باقيه قبل أن يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل وهذا بالاجماع قاله الشارح قلت فيه خلاف زفر والثلاثة فان عندهم لا ينفذ البيع الا فى قول للشافعى رحمه الله تعالى ورواية عن أحمد (ولو رد المشترى المبيع على الوكيل بالعيب ببينة) أقامها المشترى عليه (أو نكول) من الوكيل حين توجه عليه اليمين (رده) الوكيل أيضا (على الآمر) وهو الموكل لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر فى النكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الآمر (وكذا) الحكم فيما اذا

رده

ردّه المشترى على الوكيل (باقرار) منه لكن (فيما لا يحدث) أى فى العيب الذى لا يحدث والحاصل فى هذا أنّ العيب لا يخلو اما أن لا يكون حادثا كالسنّ الزائدة والاصبع الزائدة أو يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله فى مثل تلك المدّة أو يحدث فى مثلها فان كان غير حادث ردّه القاضى بغير حجة من بينة أو نكول أو اقرار وكذا اذا كان حادثا لكنه لا يحدث فى مثل هذه المدّة ردّه القاضى بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البائع وانما شرط الشيخ البينة أو النكول أو الاقرار لان الحال قد يشتبه على القاضى بأن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء أو النساء وقولهم حجة فى توجه الخصومة لا فى الردّ حتى لو كان القاضى عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شئ منها وان كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة أو نكول لانّ البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة فى حقه فيردّه عليه ثم فى هذه المواضع كلها ردّ القاضى على الوكيل يكون ردّا على الموكل وان ردّ عليه فى هذا النوع باقرار بقضاء القاضى لا يكون ردّا على الموكل لانّ الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدّى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له أن يخاصم الموكل فيردّه عليه ببينة أو بنكوله وان ردّ عليه باقراره برضاه من غير قضاء فليس له أن يردّه على الموكل لانه اقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا ردّه عليه باقراره بقضاء قاض لانّ الردّ حصل بقضاء فكان مكرها فانعدم التراضى وهو شرط فى المعاوضات المالية فجعل فسخا فى حق الكل ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث انّ الردّ فسخ كان للوكيل أن يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لزم الوكيل الا أن يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث أو كان حادثا الا أنه لا يحدث مثله فى تلك المدّة فردّه على الوكيل باقرار بغير قضاء لزم الوكيل وليس له أن يخاصم الموكل (وان باع الوكيل (بنسيئة) أى الى أجل (فقال) الموكل (أمرتك بنقد) أى حال (وقال المأمور) وهو الوكيل (أطلقت) أى أمرتنى ببيعه مطلقا ولم تقل شيأ (فالقول للآمر) وهو الموكل لانّ مبنى الوكالة على التقييد حتى لا يصح بدون بيان النوع بعد الجنس أو الثمن (و) فى الاختلاف (فى المضاربة) بأن قال رب المال أمرتك أن تبيعه بنقد وقال المضارب أطلقت كان القول (للمضارب) لانّ الاصل فيها الاطلاق والعموم فكان القول له بخلاف ما اذا ادّعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهما (ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع) الرهن (أو) أخذ (كفيلا فتوى) أى هلك المال (عليه) أى على الوكيل (لم يضمن) الوكيل قال صاحب الهداية ومن أمر رجلا ببيع عبد فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع فى يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لانّ الوكيل أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن وقال صاحب النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين قلت المراد بالتوى توى يضاف الى أخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين

بالكفالة ولايرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضى مالكيا ويحكم به بموت الكفيل مفلسا وقول صاحب النهاية ليس بشئ لان الدين لايتوى فى الحوالة بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فافهم (ولا يتصرف أحد الوكيلين) اذا وكلهما معا حال كونه (وحده) لانه مارضى الا برأيهما جميعا (الا) انه يجوز أن يتصرف أحدهما وحده (فى خصومة) عندنا وقال زفر لايجوز لانه محتاج الى الرأى والموكل لم يرض برأى أحدهما وبه قالت الثلاثة ولنا ان اجتماعهما على ذلك يؤدى الى الشغب والتشويش فيباشر أحدهما برأى الآخر حتى لو باشر أحدهما بدون رأى الآخر لايجوز عندنا (و) فى (طلاق) أيضا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف الا اذا قال طلقاها ان شئتما أو جعل أمرها بارادتهما فحينئذ يكون تفويضا أو تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق وكذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما ان يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق أحدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع (و) فى (عتاق) أيضا يجوز لاحدهما الانفراد بالتصرف وقوله (بلا بدل) يرجع الى الطلاق والعتاق جميعا وقيد به لانه اذا كان التوكيل للاثنين فى الطلاق ببدل أو العتاق ببدل لايجوز انفراد أحدهما لانه يحتاج فيه الى الرأى (و) فى (رد وديعة) ايضا يجوز الانفراد لانه لايحتاج فيه الى الرأى بخلاف اذا وكلهما باستردادها حيث لايكون لاحدهما أن يقبض بدون صاحبه لان للموكل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبض أحدهما ضمن كله (و) فى (قضاء دين) أيضا يجوز الانفراد نحو رد الوديعة واقتضاؤها مثل استردادها (ولا يوكل) الوكيل يعنى ليس له أن يوكل (الا باذن) من الموكل (أو باعمل) أى أو قال له اعمل (برايك) لانه رضى برأيه دون رأى غيره فلا يملكه بدون التفويض وعند الشافعى ومالك لا يملك بهما أيضا الا ان عجز عن مباشرته بنفسه فاذا فوض اليه ووكل كان الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للاول أن يعزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل وهو نظير استخلاف القاضى حيث لايملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضى الاول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بموته (فان وكل) الوكيل (بلا اذن الموكل فعقد) الوكيل الثانى (بحضرته) أى بحضرة الوكيل الاول (أو باع أجنبى فاجاز) بيعه الوكيل الاول (صح) فى الوجهين لان مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل واختلفوا فى العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثانى بحضرة الاول فذكر البقالى فى فتاواه ان الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر المحبوبى وذكر فى حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثانى وهو الصحيح لانه هو العاقد والوكيل بالطلاق أو العتاق اذا وكل غيره فطلق الثانى بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الآمر علقه بلفظ الاول دون الثانى وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه (وان زوج عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو باع) واحد من هؤلاء (لها) أى للصغيرة الحرة المسلمة (أو اشترى) لها (لم يجز) لانه لا ولاية لهؤلاء ألا ترى أن العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم ولا فرق بين أن يكون الكافر ذميا أو حربيا واما المرتد فان ولايته على أولاده وأمواله موقوفة بالاجماع

هذا (باب) فى بيان أحكام (الوكالة بالخصومة والقبض)

أى قبض الدين ونحوه (الوكيل بالخصومة والتقاضى) أى الطلب وهو تفاعل من قضى دينه
واقتضيت منه دينى أى أخذته (لا يملك القبض) هذا مذهب زفر وعليه الفتوى لانه اختاره
فى المتن واختاره السرخسى وهو قول الثلاثة أيضا وذلك لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن
على الخصومة من لا يؤتمن على القبض وعند علمائنا الثلاثة يملك القبض عينا كان أو دينا لان
الوكيل بالشئ وكيل باتمامه واتمام الخصومة والتقاضى يكون بالقبض ومالم يقبض
فالخصومة قائمة (و) الوكيل (بقبض الدين يملك الخصومة) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء
الموكل أو ابرائه تقبل عند أبى حنيفة لان ما يقبضه الوكيل ملك المطلوب فيكون الامر به أمرا
بالتملك فينتصب خصما كالوكيل بقبض الشفعة وعندهما وزفر والثلاثة لا يكون وكيلا بها
الا فى قول للشافعى ورواية عن أحمد يكون وكيلا بها لان التوكيل يتناول قبض الدين لا غير
وكذا اذا جحد الغريم وأقام الوكيل البينة عليه تقبل عند أبى حنيفة خلافا لهما (و) الوكيل
(بقبض العين لا) يملك الخصومة ثم فرع عليه بالفاء بقوله (فلو برهن ذو اليد) أى أقام بينة (على
الوكيل بالقبض ان الموكل باعه) أى باع له الشئ الذى يدعى الوكيل قبضه لم تقبل بينته
الا فى حق قصر يد الوكيل عن العين فاذا كان كذلك (وقف الامر حتى يحضر الغائب)
وهو الموكل فاذا حضر أمر الخصم باعادة البينة على ما ادّعى به لانّ البينة قامت على نفس الحق
وعلى قصر اليد والوكيل خصم فى حق اليد فحسب فيقبل فى حقه فتقصر يده عنه كما اذا أقام
الخصم البينة أنّ الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل فى حق قصر اليد (وكذا) الحكم
فى (الطلاق) بأن أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها أنّ الزوج طلقها ثلاثا لا يقبل فى حق
وقوع الطلاق ويقبل فى حق قصر يد الوكيل عنها فيتوقف الامر الى أن يحضر الزوج (و) فى
(العتاق) بأن أقام العبد البينة على الوكيل بنقله أنّ المولى قد أعتقه لا تقبل فى حق وقوع
العتاق وتقبل فى حق قصر يد الوكيل عنه فيتوقف الامر الى أن يحضر المولى وهذان بالاجماع
استحسانا (ولو أقرّ الوكيل بالخصومة) على موكله (عند القاضى صح) اقراره عليه وينفذ عليه
وقال زفر لا يصح ولا ينفذ لانه أتى بغير المأمور به لانه مأمور بالخصومة عنه فى مجلس القاضى وما
أتى به من الاقرار جواب فلا يصح وبه قالت الثلاثة وهو قول أبى يوسف أوّلا ولنا أنّ التوكيل
صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا ويراد بالخصومة مطلق الجواب
عرفا مجازا لانها سببها فذكر السبب وارادة المسبب سائغ شائع (والا) أى وان أقر عند غير
القاضى (لا) يصح عندهما وقال أبو يوسف يصح ولا يشترط حضور مجلس الحكم لانه نائبه
فصار اقراره كاقراره ينفذ أينما وجد ولهما أنه وكيل بجواب الخصم بطريق المجاز والجواب
المعتبر فى الحكم هو الجواب فى مجلس القاضى لا فى غيره ولو استثنى الموكل بالخصومة
الاقرار فعن أبى يوسف انه لا يصح وعن محمد انه يصح وعن محمد انه فرق بين الطالب والمطلوب
فصححه فى الطالب دون المطلوب ولو أقر الوكيل بالخصومة فى حدّ القذف والقصاص لا يصح

اقراره (وبطل توكيل الكفيل بمال) صورته اذا كان لرجل دين على آخر وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذى عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل هو الذى يعمل لغيره ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته فانعدم الركن فبطل فان قلت الدائن اذا وكل المدين بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته قلت هذا تمليك وليس بتوكيل كما فى قوله لامرأته طلقى نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المدين وهلك فى يده لم يهلك على الطالب ولو ابراه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فأجازه لم يجز وقيد بقوله الكفيل بمال لانه يجوز توكيل الكفيل بالنفس بالخصومة لان الواحد يقوم بهما (ومن ادعى انه وكيل الغائب فى قبض دينه فصدقه الغريم) انه وكيله (أمر) الغريم (بدفعه) أى بدفع الدين (اليه) أى الى مدعى الوكالة عن الغائب لانه أقر على نفسه ان ما يقبضه من المال ماله وعند الثلاثة لا يؤمر (فان حضر الغائب فصدقه) على ذلك فلا كلام (والا) أى وان لم يصدقه (دفع اليه) أى الى الغائب الذى حضر (الغريم الدين) دفعا (ثانيا) لانه بانكار الوكالة لم يثبت استيفاء الدين والقول قوله فى الانكار مع يمينه (ورجع) الغريم (به) أى بالدين الذى دفعه (على الوكيل لو) كان الذى قبضه (باقيا) فى يده لان غرضه ليس مجرد الدفع بل تحصيل براءة الذمة ولم يحصل فكان له نقض ذلك القبض (وان ضاع) أى المقبوض فى يد الوكيل (لا) يرجع عليه بشئ لانه لما صدقه فى الوكالة فقد اعترف أنه محق بالقبض والظالم هو الطالب بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره (الا اذا ضمنه) بتشديد الميم أى الا أن يكون قد ضمنه اياه (عند الدفع) الى الوكيل بأن يقول للوكيل نعم أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد ويؤخذ منى ثانيا فهل أنت كفيل عنه بما أخذه منى ثانيا فيضمن الوكيل ذلك المأخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه الا أنه ليس للمديون أن يضمن الوكيل مالم يأخذ الطالب مقدار الدين لان هذه كفالة أضيفت الى حالة القبض فلم يكن كفيلا قبل ذلك ويجوز تخفيف الميم فى ضمنه على معنى الا أن يضمن الوكيل المال الذى أخذه منه (اولم يصدقه) أى أولم يصدق الغريم مدعى الوكالة (على الوكالة ودفعه) أى الدين (اليه) أى الى مدعى الوكالة بناء (على ادعائه) ففى الصورة المذكورة يضمن الوكيل للغريم أيضا لانه دفعه اليه على رجاء أن يجيز الغائب فاذا حضر ولم يجز انقطع رجاؤه فيرجع عليه بما دفعه اليه مكذبا له فى الوكالة ولا فرق فى ذلك بين أن يكذبه صريحا أو يسكت لان عدم التصديق يشمل الصورتين وليس له أن يسترد المدفوع فى الوجوه كلها قبل أن يحضر الطالب وان مات الموكل وورثه غريمه أووهبه له وهو قائم فى يد الوكيل أخذه منه فى الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكا ضمن الا فى صورة واحدة وهو ما اذا صدقه فى الوكالة وان أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فللوكيل أن يحلفه بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضى عليه بالمال للوكيل وعن أبى حنيفة انه لا يحلفه لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا حجة (ولو قال انى وكيل بقبض الوديعة) أى وديعة فلان مثلا (فصدقه المودع) على الوكالة (لم يؤمر) المودع (بالدفع اليه) أى الى مدعى الوكالة اجماعا لان ذلك اقرار بمال الغير فلا يصح لما فيه من ابطال حقه فى العين بخلاف ما اذا ادعى

انه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بمال نفسه اذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها ولو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قيل لا يضمن ولو سلمها اليه فهلكت فى يده وأنكر المودع الوكالة يضمن المودع لانه متعد بالتسليم اليه وله أن يحلف المودع انه ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له أن يرجع على الوكيل الا اذا ضمنه وقت الدفع له على ما بينا فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة رجع عليه مطلقا ولو كانت العين قائمة أخذها فى الصور كلها (وكذا) الحكم (لو ادعى) رجل (الشراء) أى شراء الوديعة من صاحبها (وصدقه) المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره على الغير غير مقبول (ولو ادعى) رجل (ان المودع) بكسر الدال (مات وتركها) أى الوديعة (ميراثا له وصدقه) المودع بفتح الدال (دفع) المودع الوديعة (اليه) أى الى المدعى المذكور لان ملكه قد زال بموته واتفقا أنه مال الوارث فيدفعه اليه (فان وكله) أى وكل رجل رجلا (بقبض ماله) على غريمه (فادعى الغريم) على الوكيل (ان رب المال أخذه) منى (دفع المال) يعنى يجبر على دفع المال الى الوكيل لان وكالته ثبتت بقوله أخذه رب المال اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى الايفاء وفى ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة فيؤمر بالدفع اليه كما لو أقر بالوكالة صريحا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لم يعلم أن الموكل استوفى منه لم يحلف لان اليمين لا تجرى فيها النيابة وفيه خلاف زفر (واتبع) الغريم (رب المال واستحلفه) لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب لو أقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة البينة (وان وكله) أى وان وكل رجل رجلا (بعيب) أى بسبب عيب (فى امة) قد اشتراها (فادعى البائع رضا المشترى) بالعيب (لم يرد) الوكيل الامة (عليه) أى على البائع (حتى يحلف المشترى) لانه لم يتيقن بثبوت حقه فى الرد لاحتمال انه رأى العيب ورضى به وقت التسليم بخلاف مسئلة الدين لان حق الطالب فى الدين ثابت بيقين لتحقق الموجب فلا يمتنع على الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت للغريم ما يسقطه (ومن دفع الى رجل عشرة) دراهم (ينفقها على أهله فانفق) المدفوع اليه وهو الوكيل (عليهم) أى على أهل الدافع وهو الموكل (عشرة) دراهم (من عنده) يعنى من دراهم نفسه (فالعشرة) المدفوعة (بالعشرة) المنفقة من عنده يعنى تكون هذه بهذه استحسانا والقياس أن يكون متبرعا لانه خالف أمره فيرد العشرة على الموكل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الآمر لانه لا يستصحب معه دراهم الآمر فى كل وقت فلا يجعل متبرعا فيقع التقاص والله أعلم بالصواب

---

* هذا (باب) فى بيان أحكام (عزل الوكيل) عن الوكالة *

للموكل عزله عنها متى شاء لانها حقه الا اذا تعلق بها حق الغير بأن وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فانه لا يملك عزله فى هذه الحالة فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا أو كانت من غير التماس الطالب وعلى هذا قالوا اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وفى الصحيح له عزله وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة وقيل

ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول (وتبطل الوكالة بعزله) أى بعزل الوكيل (ان علم) الوكيل (به) أى بالعزل وقال الشافعى تنعزل بعزله وان لم يبلغه العزل وهو أظهر قوليه وبه قال مالك وأحمد وفى قول عنهم لا ينعزل الا بالعلم كمذهبنا لانه نهى عن التصرف فلا يثبت حكمه بدون علمه كالنهى الشرعى (وموت أحدهما) بالجر عطفا على قوله بعزله أى تبطل الوكالة أيضا بموت أحدهما الوكيل أو الموكل لقيامها بهما (وجنونه) أى تبطل أيضا بجنون الوكيل جنونا (مطبقا) أى مستوعبا وحده شهر عند أبى يوسف لانه يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات وعند محمد حول كامل وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة (ولحوقه) أى وتبطل أيضا بلحوق الوكيل دار الحرب حال كونه (مرتدا) وأراد أن يحكم الحاكم بلحاقه لانه كالموت حكما وأما قبل ذلك فموقوفة عند أبى حنيفة فان أسلم نفذت وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته وهذا اذا كانت الوكالة غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن فان عاد المرتد مسلما بعد اللحاق بدار الحرب وكان وكيلا فهو على وكالته عند محمد خلافا لابى يوسف وان كان هو الموكل لا تعود الوكالة فى الظاهر وعن محمد انها تعود (وافتراق الشريكين) بالجر أيضا أى وتبطل الوكالة بافتراق الشريكين وان لم يعلم الشريك به لانه عزل حكمى والعزل الحكمى لا يشترط فيه العلم ثم هذا لا يخلو عن وجهين الاول أن ينعزل كل منهما عن الوكالة التى تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالافتراق والثانى ان أحد الشريكين أو كلاهما لو وكل من يتصرف فى المال جاز على ما عرف فاذا افترقا انعزل هذا الوكيل فى حق غير الموكل منهما اذ لم يصرحا بالاذن فى التوكيل (وعجز موكله) بالجر أيضا أى تبطل الوكالة بعجز موكل الوكيل (لو) كان الموكل (مكاتبا وحجره) بالجر أيضا أى تبطل الوكالة بحجر الموكل أى بانحجاره (لو) كان عبدا (مأذونا) له فى التجارة فحجر عليه علم بذلك أو لم يعلم هذا اذا كان وكيلا فى العقود والخصومات وأما الوكيل فى قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر المأذون له لان العجز والحجر لا يوجبان الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون له لا ينعزل (وتصرفه) بالجر أيضا أى وتبطل الوكالة بتصرف الموكل (بنفسه) فيما وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل أن يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه أو يدبره أو يكاتبه وان لم يعجز عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها حتى لو وكله بطلاق امرأته فطلقها هو ثلاثا أو واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل أن يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل وانما يتمكن من الايقاع بعده بسبب جديد ولم يوجد ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحل ولو وكله ببيع شئ فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية وخيار شرط أو عيب بقضاء أو لفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه القديم قد عاد اليه بالفسخ فتعود الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء أو اقالة لا تعود الوكالة لانه بيع جديد فى حق ثالث والوكيل ثالثهما

والوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الدعوى)

هى فعلى من الدعاء وهو الطلب والفعل منه ادّعى يدّعى فهو مدّع والعين الذى يدّعيه مدّعى
ولا يقال مدّعى فيه وبه والدعوة بالكسر فى النسب وبفتحها الدعاء الى الطعام وبضمها فى دار
الحرب وألف الدعوى للتأنيث فلا ينوّن وتجمع على دعاوى بفتح الواو ولا غير كفتوى وفتاوى
وقيل الدعوى فى اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب الشئ على غيره الا أن اسم المدّعى يتناول
من لا حجة له فى العرف ولا يتناول من له حجة فان القاضى يسميه مدّعيا قبل اقامة البينة وبعدها
يسميه محقا لا مدّعيا ويقال لمسيلمة الكذاب لعنه الله مدّعى النبوة لانه عجز عن اثباتها ولا يقال
لرسول الله صلى الله عليه وسلم مدّعى النبوّة لانه قد أثبتها بالمعجزة وفى الشرع (هى) أى الدعوى
(اضافة الشئ الى نفسه) أى ان يدعو الشئ الى نفسه (حالة المنازعة) أى فى حالة الخصومة
(والمدّعى) اسم فاعل من ادّعى يدّعى وأصله متدعى لان ثلاثيه دعا فنقل الى باب الافتعال فصار
اتدعى فقلبت التاء دالا وأدغمت الدال فى الدال فصار ادّعى وكذلك فى باقى التصرفات وانما
أبدلت التاء دالا لانها من المهموسة والدال من المجهورة فالقوى لا يتحوّل الى الضعيف وفى
الشرع هو (من اذا ترك) دعواه (ترك) هو ولا يتعرّض اليه لانّ حق الطلب له فاذا تركه لا سبيل
عليه (والمدعى عليه بخلافه) أى بخلاف المدّعى وهو من اذا ترك لا يترك بل يجبر وقيل المدعى
من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد
وقيل المدّعى من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من تمسك بالظاهر والاحسن ما قاله الشيخ
لكونه جامعا ومانعا (ولا تصح الدعوى حتى يذكر) المدّعى (شيأ علم جنسه وقدره) بالاجماع
لانّ الغرض هو الزام المدعى عليه عند قيام البينة ولا الزام فيما لا يعلم جنسه وقدره ودعوى
المجهول لا تصح الا فى الابراء وعند الثلاثة تصح أيضا فى دعوى حق ووصية واقرار (فان كان)
المدعى (عينا فى يد المدعى عليه كلف) المدعى عليه (احضارها ليشير) المدعى (اليها) أى الى تلك
العين (بالدعوى) وذلك فيما يمكن احضاره من المنقولات وان لم يمكن احضاره كالرحى والبستان
حضره الحاكم أو بعث أمينه (وكذا) يشترط احضارها (فى) أداء (الشهادة و) فى (الاستحلاف)
أى استحلاف المدعى عليه عند عدم البينة (فان تعذر) احضار العين المدعى من المنقولات
بان كانت هالكة أو غائبة (ذكر) المدعى (قيمتها) لانّ غير المقدر لا يمكن ضبطه بالوصف
ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها لانها هى المدعاة فى هذه الحالة لصيرورتها دينا فى الذمّة وقال
أبو الليث يشترط مع ذلك فى الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وان لم يبين القيمة فقال غصب منى
عينا كذا ولا أدرى أنه هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته تسمع دعواه لانّ الانسان ربما
لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به فاذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن
الشهود أيضا بل فيه أولى لانهم أبعد عن ممارسته (وان ادّعى) المدّعى (عقارا ذكر حدوده) لانّ
العقار يعرف به مع تعذر الاشارة اليه (وكفت ثلاثة) من الحدود فى الذكر وقال زفر لا يكفى
ولا بد من ذكر الحدود الاربعة لان التعريف لا يتم الا بها ولهذا لو غلط فى الرابع لا يقبل وبه قالت

الثلاثة ولنا ان للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط فى الرابع لانه يختلف المدعى به ولا يكون تركها كذلك (و) ذكر (اسماء أصحابها) أى أصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر انسابهم ليتميزوا عن غيرهم (ولا بد من ذكر الجد) أب الاب أى جد كل واحد من أصحاب الحدود (ان لم يكن) الرجل (مشهورا) بين الناس هذا عند أبى حنيفة لان تمام التعريف يحصل به وعندهما اذا كان العقار مشهورا بشهرة الرجل لا يحتاج الى تحديده وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود (وانه) بالفتح عطف على قوله ذكر حدوده أى وذكر أيضا انه أى العقار (فى يده) لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار فى يده فلا بد من ذكره (ولا تثبت اليد فى العقار بتصادقهما) أى بتصادق المدعى والمدعى عليه ان العقار فى يد المدعى عليه لان اليد فيه غير مشاهدة ولعله فى يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى أخذه بحكم الحاكم (بل ببينة) تقام فيه (أو علم القاضى) بذلك لتنتفى تهمة المواضعة (بخلاف المنقول) لان اليد فيه معاينة فلا حاجة الى اشتراط الزيادة (وانه) بالفتح أيضا أى وذكر للقاضى أنه (يطالبه) أى المدعى عليه (به) أى بالشئ المدعى لانه لو لم يذكر ذلك ربما يحسب القاضى أنه انما يذكره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص عليه (وان كان) المدعى (دينا ذكر وصفه) بأنه من ذوات الامثال أو من ذوات القيم وذكر جنسه وقدره (و) انه (يطالبه به) أى بذلك الدين لما ذكرنا (فان صحت الدعوى) على الوجه المذكور (سأل) القاضى (المدعى عليه عنها) أى عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء (فان أقر) المدعى عليه بما يدعيه المدعى (أو انكر) المدعى عليه (فبرهن المدعى) أى أقام بينة على دعواه (قضى) القاضى (عليه) أى على المدعى عليه لوجود الحجة الملزمة للقضاء وهى الاقرار فى الفصل الاول والبينة فى الفصل الثانى (والا) أى وان لم يقر المدعى عليه أو لم يبرهن المدعى (حلف) المدعى عليه (بطلبه) أى بطلب المدعى لانه حقه (ولا ترد يمين على مدع) وقال الشافعى ترد فاذا حلف يقضى به وبه قال مالك وأحمد فى غير الاظهر لان يمين المدعى عليه محتملة ويمين المدعى غير محتملة بل هى دليل على ظهور صدق دعواه فيحكم بها ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم وأحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف واللام للاستغراق وليس وراءه شئ آخر حتى يكون على المدعى وقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم بينهما والقسمة تنافى الشركة ولهذا لا تقبل بينة ذى اليد وعند الشافعى أيضا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف ويقضى له لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن أبى صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للصحاح المشاهير (ولا بينة لذى اليد) أى لا تقبل بينته (فى الملك المطلق) وهو الذى لا يذكر له سبب (وبينة الخارج احق) من بينة ذى اليد ان أقاما بينة وقال الشافعى بينة ذى اليد أولى بالعمل بها لان بينته باليد فكانت أولى وبه قال مالك ولنا ان بينة الخارج أكثر اثباتا لان ملك ذى اليد ظاهر فلا حاجة الى البينة وأما اذا أقاما البينة فى الملك بسبب كما اذا أقاما البينة على النتاج أو على نكاح امرأة وهى فى يد أحدهما فان

بينة ذي اليد أحق بالاجماع اذا كان سببا لا يتكرر على ما يجيء ان شاء الله تعالى (وقضى) القاضي
(له) أي للمدعي (ان نكل) المدعى عليه نكولا (مرة) صريحا (بلا احلف) أي بقوله لا أحلف
(او) دلالة كما اذا (سكت) وقال الشافعي لا يقضي بنكوله بل يرد اليمين على المدعي اذا نكل المدعى
عليه فان حلف يقضي له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روى عن علي رضي الله
عنه أنه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا
وروى عن علي رضي الله عنه أيضا أنه وافق اجماعهم فانه روى عن شريح أن المنكر طلب
منه رد اليمين على المدعي فقال له ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه
فقال له علي قالون ومعناه بالرومية أصبت (وعرض) القاضي (اليمين) على المدعى عليه (ثلاثا)
أي ثلاث مرات (ندبا) أي من جهة الندب والاستحباب يقول له في كل مرة اني أعرض عليك
اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما له بالحكم لانه موضع خفاء لاختلاف العلماء
فيه فان الشافعي لا يراه فاذا كرره عليه ولم يحلف حكم عليه اذا علم أنه لا آفة به من طرش
وخرس وعن أبي يوسف ومحمد ان التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح
انه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب ولا بد أن يكون النكول في مجلس القاضي ثم اذا حلف المدعى
عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق
دعواه فان وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف لا يسمعون البينة بعد
الحلف وهذا قول مهجور غير مأخوذ به لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين
المنكر وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة
شاهد الزور وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية لو اصطلحا على أن
المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شيء على المدعى عليه (ولا
يستحلف) المدعى عليه (في نكاح) بأن يدعي على امرأة نكاحا وهي تجحد أو تدعي هي عليه نكاحا
وهو يجحد (ورجعة) بأن ادعى بعد انقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة وهي تجحد أو ادعت
هي كذلك وجحد هو (وفيء) في الايلاء بأن ادعى بعد مضي مدة الايلاء أنه فاء اليها في المدة وهي
تجحد أو ادعت المرأة كذلك وجحد هو (واستيلاد) بأن ادعت الامة على مولاها أنها ولدت منه
وأنكر المولى ولا يتصور العكس من قبله عليها لان الاستيلاد يثبت باقراره (ورق) بان ادعى على
مجهول النسب انه عبده أو ادعى مجهول النسب أنه معتقه (ونسب) بأن ادعى الولد على الوالد
أو الوالد على الولد وأنكر الآخر (وولاء) بأن ادعى على معروف النسب أنه معتقه أو ادعى
معروف النسب أنه معتقه أو كان ذلك في الموالاة وهذا كله عند أبي حنيفة لان فائدة الحلف
ظهور الحق بالنكول والنكول بذل واباحة والبذل لا يجري في هذه الاشياء وقالا يستحلف
فيها لان النكول كالاقرار والقضاء بالاقرار جائز وكذا بالنكول كما في الاموال وبه قالت
الثلاثة وكان ينبغي هنا قيد وهو أن يقال في مجرد نكاح يعني اذا لم يكن المقصود هو المال فأما
اذا كان المقصود هو المال كما اذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها بألف وطلقها قبل
الدخول بها ولها عليه نصف المهر فانه يستحلف بالاجماع فان نكل قضى عليه بنصف المهر (و) كذا
لا يستحلف بالاجماع في (حد) بأن قال رجل لآخر لي عليك حد قذف وهو ينكر لا يستحلف

لانه يندرئ بالشبهات الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فأنت حر فادّعى العبد انه زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر الشهيد فى أدب القاضى وفى مختصر الاسرار لا يستحلف فى شئ من الحدود خلافا للشافعى فى حد القذف وذكر القدورى فى شرح كتاب الاستحلاف وقد قالوا انه يستحلف فى التعزير لانه فى حكم الاموال ولذلك يصح فيه العفو والابراء (و) كذا لا يستحلف بالاجماع فى (لعان) بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفا يوجب اللعان وأنكر الزوج لا يستحلف لانه فى معنى الحد (قال القاضى الامام فخر الدين) الحسن بن منصور بن أبى القاسم محمود بن عبد العزيز الاوزجندى الفرغانى المعروف بقاضيخان صاحب الفتاوى المنسوبة اليه تفقه على جماعة من الكبار منهم أبو اسحق ابراهيم بن على المرغينانى وتفقه عليه جماعة من الكبار منهم شمس الائمة محمد بن عبد الستار الكردرى توفى يوم الاثنين خامس عشر رمضان سنة اثنين وتسعين وخمسمائة رحمه الله تعالى (الفتوى على أنه) أى أن الشان (يستحلف المنكر فى الاشياء الستة) وهى النكاح والرجعة والفىء والرق والنسب والولاء فان قلت المذكور تسعة أشياء قلت قد ذكرنا ان الحد واللعان مجمع عليهما فبقيت سبعة ولكن الاستيلاد ملحق بهما لان الدعوى فيه دعوى النسب أو دعوى الرق فيبقى ستة وهى المختلف فيها واختار فخر الاسلام على البزدوى أيضا قولهما مثل ما نص عليه قاضيخان واختار بعض المتأخرين على ان القاضى ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه أخذا بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى (ويستحلف السارق) بالله ما أخذ وماله عليه هذا المال (فان نكل) عن اليمين (ضمن) لان المال يجب بالشبهة (ولم يقطع) يده لانه لا يجب بالشبهة فلا يجب بالنكول (والزوج) بالرفع عطف على السارق أى ويستحلف الزوج (اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء) بأن قالت طلقتنى قبل أن تدخل بى هذا بالاجماع لان فيه دعوى المال (فان نكل) الزوج (ضمن نصف المهر) لانه يثبت بالطلاق قبل الدخول (و) يستحلف أيضا (جاحد القود) أى منكر القصاص بأن ادعى عليه رجل قصاصا يستحلف عليه (فان نكل) عن اليمين وكان نكوله (فى النفس حبس حتى يقر أو يحلف و) ان كان نكوله (فيما دونه) أى فيما دون النفس وهو الطرف (يقتص) بنكوله عند أبى حنيفة وقالا يجب عليه الارش فيهما لان النكول اقرار منه فيصح لايجاب المال دون القصاص وعند الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعى وله أن النكول بذل وانه يجوز فى الطرف ولا يجوز فى النفس الا ترى أنه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص فى رواية ولو قطع يده بأمره لا يجب عليه شئ ولو (قال المدعى لى بينة حاضرة وطلب اليمين) أى يمين المدعى عليه (لم يستحلف) عند أبى حنيفة وقالا يستحلف وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة فى المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت فى مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لهما أن اليمين حقه بالحديث الذى مضى ذكره فله ذلك اذا طالبه وله ان ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة فى المجلس (وقيل لخصمه) أى لخصم المدعى (أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يضيع حقه بتغييبه نفسه والتقدير بثلاثة أيام هو المروى عن الامام

وهو الصحيح وعن أبي يوسف انه مقدر بما بين مجلس القاضي حتى اذا كان يجلس في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل عشرة أيام يوما يكفل الى عشرة أيام ثم لا فرق بين أن يكون المال المدعى به جليلا أو حقيرا أو المدعى عليه خاملا أو نبيها في ظاهر المذهب وعن محمد ان المدعى عليه ان كان معروفا وجيها يعلم ان مثله لا يخفي نفسه لا يطالب بالكفيل وكذا اذا كان المال حقيرا ولو قال ليس لي بينة أو شهودي غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة (فان أبى) أي امتنع عن أعطاء الكفيل لا يجبره القاضي على التكفيل بل (لازمه) أي دار (معه) أي مع الغريم (حيث سار) مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب (ولو) كان (غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي) أي الى أن يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك وكذا اذا أخذ منه كفيل لا يؤخذ منه الا مقدار مجلس الحاكم وله أن يطالب التوكيل بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه وان أعطاه وكيلا فله أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان أعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو أخذ كفيلا بالمال فله أن يطالب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل أيسر وان كان المدعى منقولا فله أن يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وان كان عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغيب (واليمين بالله تعالى) لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام سمع عمر رضي الله عنه وهو يحلف بأبيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وأنتم صادقون رواه النسائي (لا) أي ليس اليمين (بطلاق وعتاق) لان ما روينا باطلاقه يمنع الحلف بهما (الا اذا ألح الخصم) بان كان لجوجا متعنتا لا يبالي باليمين بالله تعالى فحينئذ يحلف بالطلاق أو العتاق أو بهما لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ (وتغلظ) اليمين أي تؤكد (بذكر أوصافه) أي أوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه لان منهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك ولو لم يغلظ جاز وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير (لا) يغلظ عليه اليمين (بزمان) مثل يوم الجمعة (ومكان) مثل الجامع عند المنبر وقال الشافعي ان كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم يبلغ مائتي مثقال يغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ان كان في المدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي الجوامع في غيرها فان لم تكن ففي المساجد ويكون ذلك في يوم الجمعة بعد العصر وبه قال مالك وأحمد في رواية ولنا اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان أو الزمان زيادة على النص وهو نسخ (ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى) صلى الله عليه وسلم لانه يعظم

التوراة (و) يستحلف (النصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى) عليه الصلاة والسلام لانه يعظم الانجيل (و) يستحلف (المجوسي) وهو الذي يعبد النار (بالله الذي خلق النار) لانه يعظم النار فيؤكد عليه بذكر خالقها (و) يستحلف (الوثني) وهو الذي يعبد غير الله يعتقد ان الله تعالى خالقه وانما يشرك مع الله غيره (بالله تعالى) ولا يذكر معه شيء آخر وعن أبي حنيفة انه لا يحلف أحد الا بالله خالصا احترازا عن اشراك غيره في التعظيم مع الله تعالى (ولا يحلفون) أي هؤلاء المذكورون (في بيوت عباداتهم) لان فيها تعظيمها والقاضي ممنوع عن حضورها وعن مالك وأحمد في رواية يحلفون فيها (ويحلف) المدعى عليه (على الحاصل) وتفسيره ما ذكره بقوله (أي بالله ما بينكما بيع قائم) في الحال اذا كانت الدعوى في البيع ولا يقال بالله ما بعت (و) ما بينكما (نكاح قائم) في الحال اذا كانت الدعوى في النكاح ولا يقال بالله ما نكحت (وما يجب عليك رده) اذا كانت الدعوى في الغصب ولا يقال بالله ما غصبت (وما هي بائن منك الآن) اذا كانت الدعوى في الطلاق ولا يقال بالله ما طلقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق في النكاح والاقالة في البيع والهبة في الغصب والنكاح الجديد في الطلاق فلا يملك تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كي لا يتضرر المدعى عليه لانه لو أقر بالسبب ثم ادعى طرو الرافع لا يقبل منه فيحتال بهذا الطريق وعن أبي يوسف انه يحلف على السبب الا اذا عرض المدعى عليه بأن قال قد وقع البيع ثم تقايلنا ونحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل وقال فخر الاسلام يفوض الى رأى الحاكم وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع وليس في تحليفه ضرر بالمدعى فان كان سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم الالتحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام أو السيف عند ارتداده وقوله (في دعوى البيع) يرجع الى قوله ما بينكما بيع قائم (و) قوله في دعوى (النكاح) يرجع الى قوله ونكاح قائم (و) في دعوى (الغصب) يرجع الى قوله وما يجب عليه رده (و) في دعوى (الطلاق) يرجع الى قوله وما هي بائن منك الآن (وان ادعى) المدعى (شفعة بالجوار) أي بالمجاورة (أو) ادعى (نفقة) المرأة المطلقة (المبتوتة) أي البائنة (و) الحال ان (المشترى) أي مشترى الدار التي ادعى المدعى شفعتها بالجوار (أو الزوج) أي زوج المبتوتة (لا يراهما) اى الشفعة ونفقة المبتوتة بأن كان المشترى شافعي المذهب ولا يرى جواز الشفعة بالجوار أو كان الزوج شافعي المذهب ولا يرى للمطلقة المبتوتة نفقة (يحلف) المدعى عليه حينئذ (على السبب) بالاجماع لان في التحليف على الحاصل ههنا ضررا بالمدعى اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعى (و) يحلف المدعى عليه (على العلم لو كان ورث عبدا فادعاه) شخص (آخر) انه له ولا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر (و) يحلف (على البتات لو وهب) العبد المدعى (له) أي المدعى عليه أراد لو ملكه بالهبة (أو اشتراه) أي أو ملكه بالشراء لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته فيطلق له الحلف على البتات والاصل فيه ان اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات

ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حلف اليهود بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على البتات أولا لانه فعلهم وفى الثانى على العلم لانه فعل غيرهم قال الحلوانى هذا الاصل مستقيم فى المسائل كلها الا فى الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشترى أن العبد ابق ونحو ذلك فأراد المشترى تحليف البائع فانه يحلفه على البتات مع انه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات (ولو افتدى المنكر يمينه) بأن دفع الى المدعى شيأ فداء عن يمينه حتى لا يحلف (أو صالحه) أى أو صالح المنكر المدعى (منها) أى من اليمين (صح) الافتداء وصح الصلح أيضا لما روى ان عثمان رضى الله تعالى عنه ادعى عليه بأربعين درهما فأعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يمينى فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة ولأن المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعى يأخذه على انه حقه أو عوض عنه فيجوز وان لم يكن الحق مالا كالخصومة (و) اذا صح الفداء والصلح وبطل حقه فى اليمين (لم يحلف) المنكر (بعده) أبدا لبطلان حقه فى اليمين بخلاف ما اذا اشترى يمينه بالمال حيث لا يجوز لعدم ركن البيع فبقى حقه فى اليمين على حاله

* هذا (باب) فى بيان أحكام (التحالف) *

هو تفاعل من الحلف وهذا الباب لمشاركة اثنين فصاعدا (اختلفا) أى البائع والمشترى (فى قدر الثمن) بأن قال البائع هو ألف وقال المشترى خمسمائة (أو) اختلفا فى قدر (المبيع) بأن قال البائع هو عشرة أرطال مثلا وقال المشترى خمسة عشر رطلا (قضى لمن برهن) أى حكم لمن أقام البينة لانه نور دعواه بالبينة (وان برهنا) أى وان أقام كل واحد منهما البينة بما ادعاه (فلمثبت) أى فالحكم لمثبت (الزيادة) لانه خال عن المعارض ولو اختلفا فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى فى الثمن وبينة المشترى أولى فى المبيع (وان عجزا) أى البائع والمشترى عن اقامة البينة (و) الحال انه (لم يرضيا) أى لم يرض كل واحد منهما (بدعوى أحدهما) أى بما قاله صاحبه بعد ما قيل لكل منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا البيع عليك (تحالفا) وفسخ البيع وصورة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشترى ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع (وبدئ بيمين المشترى) عند محمد وزفر وأبى يوسف فى قوله الآخر وهو رواية عن أبى حنيفة وأحد أقوال الشافعى وعليه الفتوى لانه هو الذى يتعجل فائدة النكول بالزام الثمن وعن أبى يوسف أنه يبدأ بيمين البائع وهو رواية عن أبى حنيفة وأحد أقوال الشافعى وعن الشافعى فى القول الثالث الحاكم بالخيار وعنه يبدأ بيمين المدعى وهو قول مالك وأحمد أيضا وقيل يقرع بينهما فى البداءة هذا اذا باع سلعة بثمن (و) أما (فى المقايضة) وهى بيع الثمن بالثمن أو بيع السلعة بالسلعة (و) فى (الصرف) وهو بيع الثمن بالثمن يبدأ القاضى (بأيهما شاء) لاستوائهما فى فائدة النكول (وفسخ القاضى) البيع بينهما (بطلب أحدهما) اما البائع أو المشترى لقوله عليه الصلاة والسلام واذا اختلفا المتبايعان تحالفا وترادا وقيل ينفسخ بنفس التحالف وبه قال الشافعى والصحيح الاول (ومن نكل) منهما عن اليمين (لزمه دعوى الآخر)

قوله بيع الثمن بالثمن كذا بخط المؤلف وهو سبق قلم وحق العبارة وأما فى المقايضة وهى بيع السلعة بالسلعة لما قال فى المغرب بيع المقايضة هو بيع عرض بعرض اهـ

اذا اتصل به القضاء (وان اختلفا) أى المتعاقدان (فى) نفس (الاجل) بأن ادعى أحدهما أجلا وأنكر الآخر (أو) اختلفا (فى شرط الخيار) بأن ادعى أحدهما شرط الخيار وأنكره الآخر (أو) اختلفا (فى قبض بعض الثمن) بأن ادعى أحدهما أنه استوفى بعض الثمن وأنكر الآخر (أو) اختلفا فى مقدار الثمن (بعد هلاك المبيع أو) اختلفا فيه بعد هلاك (بعضه) أى بعض المبيع صورته أنه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشترى ثم اختلفا فى الثمن (أو) اختلف المولى والمكاتب (فى بدل الكتابة أو) اختلفا (فى رأس المال بعد اقالة السلم) بأن قال رب السلم رأس المال مائة وقال المسلم اليه بل خمسون وقوله (لم يتحالفا) جواب المسائل المذكورة كلها (والقول) يكون (للمنكر مع يمينه) اما فى الاجل وشرط الخيار وقبض بعض الثمن فلانه اختلاف فى غير المعقود عليه فصار كالاختلاف فى الحط والزيادة وعند زفر والشافعى ومالك يتحالفان فى الاجل اذا اختلفا فى أصله وقدره كالاختلاف فى مقدار الثمن وأما فى الاختلاف بعد هلاك المبيع فالمذكور قولهما وعند محمد يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك لعموم الحديث الذى رويناه وبه قال زفر والشافعى ومالك فى رواية ولهما ان المشترى هو المنكر والقول قوله لان المبيع سلم له وهو لا يدعى على البائع شيأ والحديث أوجب اليمين على المنكر والتحالف عرف بالنص حال قيام السلعة وأما فى الاختلاف بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هو قول أبى حنيفة قال القدورى فيه لا يتحالفان الا أن رضى البائع أن يترك حصة الهالك وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شئ له وقال قاضيخان وذكر فى الاصل الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيأ وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان فى الهالك ويكون القول فى ثمنه قول المشترى وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى وبه قال زفر والشافعى ومالك ولابى يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابى حنيفة ان التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به فى حال قيام السلعة وهى اسم لجميعها فلا تبقى السلعة بعد فوات جزء منها وأما فى الاختلاف فى بدل الكتابة فالمذكور قول أبى حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة لانها عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدعى على الآخر وبه قال الشافعى وله ان البدل فى الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف والبدل للحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعى على مولاه شيأ والتحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد لانه منكر وأما فى اقالة السلم فلانها فى هذا الباب ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول قوله ولا يعود السلم (ولو اختلفا) أى المتعاقدان (فى مقدار الثمن بعد الاقالة) يعنى بعد ما تقايلا قبل قبض المبيع بحكم الاقالة (تحالفا) اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع الاول ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة لا يتحالفان عندهما وعند محمد يتحالفان (وان اختلفا) أى الزوجان (فى) القدر المسمى من (المهر) بأن قال الزوج انه تزوجها بألف مثلا وقالت الزوجة تزوجنى بألفين (قضى لمن برهن) أى حكم لمن أقام البينة لانه يصح دعواه بها

(وان)

(وان برهنا) أى وان أقام كل من الزوجين بينة على دعواه (فللمرأة) أى فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل مايدعيه أو أقل لان الظاهر يشهد له وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ماتدعيه أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر وان كان مهر المثل لايشهد لها ولاله بأن كان أقل مما ادعته المرأة وأكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما يتهاتران (وان عجزا) أى الزوجان عن اقامة البينة (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لان يمين كل منهما ينتفى به مايدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح فلاحاجة الى الفسخ بخلاف البيع (بل يحكم) بتشديد الكاف أى بل يجعل (مهر المثل) حكما (فقضى بقوله) أى بقول الزوج (لو كان) مهر المثل (كما قال) الزوج (أو) كان (اقل) من ذلك (و) يقضى (بقولها) أى بقول المرأة (لو كان) مهر المثل (كما قالت أو) كان (أكثر) من ذلك (و) يقضى (به) أى بمهر المثل (لو كان بينهما) أى بين ما قالت هى وبين ما قال هو لانه لما انتفى بيمينهما التسمية احتيج الى تحكيم مهر المثل فيقضى بقول من يشهد له مهر المثل وان لم يشهد لواحد منهما بأن كان اقل مما ادعت وأكثر مما أقر به هو قضى بذلك وعند أبى يوسف القول قول الزوج مع يمينه الا أن يأتى بشئ مستنكر لايتعارف مهرا لها وقدمر تحقيقه فى النكاح (ولو اختلفا) أى المؤجر والمستأجر (فى الاجارة قبل الاستيفاء) أى استيفاء المعقود عليه (تحالفا) وترادا كالبيع اذ الاجارة تشبه البيع وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الآخر وأيهما برهن قبلت بينته ولو برهنا كانت بينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف فى الاجرة وبينة المستأجر ان كان الاختلاف فى المنافع وان كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعى هذا شهرا بعشرة دراهم والمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة فتعمل بينة أحدهما فى الزمان وبينة الآخر فى مقدار الاجرة (و) ان اختلفا (بعده) أى بعد استيفاء المعقود عليه (لا) يتحالفان (و) يكون (القول للمستاجر) مع يمينه لان التحالف يثبت لاجل الفسخ والمنافع التى استوفاها لايمكن فسخ العقد فيها فلم يثبت التحالف (والبعض) فى الاستيفاء (معتبر بالكل) يعنى اذا استوفى بعض المنافع وبقى البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف فى المستوفى ويكون القول فيه للمستأجر كما لو استوفى الكل ويجرى التحالف فى الباقى ويفسخ العقد فيه كما اذا لم يستوف شيأ وهذا بالاجماع (وان اختلف الزوجان فى متاع البيت فالقول لكل) واحد (منهما) أى من الزوجين سواء كان النكاح قائما بينهما أولم يكن (فيما صلح له) أى لكل واحد منهما والذى يصلح للزوج كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع الحديد والذى يصلح للمرأة كالخمار والدرع والاساور وخواتم النساء والخلخال ونحو ذلك فالقول قولها فيها مع يمينها الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين وكذا اذا كانت المرأة تبيع مايصلح للرجال لايكون القول قوله فى ذلك (و) القول (له) أى للزوج اذا اختلفا (فيما صلح لهما) أى للزوجين كالفرش والامتعة والاوانى والرقيق والعقار والمواشى والنقود لان المرأة ومافى يدها فى يد الزوج والقول

لصاحب اليد في الدعاوى (فان مات احدهما) أى أحد الزوجين واختلف الحى منهما مع ورثة الآخر (فللحى) اى فالذى يصلح لهما يكون للحى وأما ما يصلح لاحدهما ولا يصلح للآخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته مقامه فيه والباقى له مع يمينه للظاهر وقال محمد يصرف اليه فى حياته والى ورثته بعد موته لان يد وارثه كيده وقال زفر ما يصلح لهما يكون مقسوما بينهما بمنزلة عين فى يد اثنين ادّعياها وهو رواية عن أحمد ومحمد وروى الحسن عن زفر أيضا ان جميع ما فى البيت بينهما الا ما كان فى يده مشاهدة وبه قال الشافعى ومالك وقال الحسن البصرى المتاع كله للمرأة وليس للرجل الا ما عليه من ثياب بدنه وقال ابن أبى ليلى المتاع كله للزوج كيفما كان وهذه هى المسبعة وقد ذكرنا الاقاويل السبعة (و) لو كان (أحدهما) أى أحد الزوجين (مملوكا) واختلفا فى متاع البيت (فللحر) أى فيكون المتاع للحر (فى) حال (الحياة) أى حياتهما (و) يكون (للحى فى) حال (الموت) أى موت أحدهما أيهما كان لان يد الحر أقوى وأما اذا مات أحدهما فلا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض فكان للحى منهما هكذا ذكر الحكم فى الهداية وغيرها وقال شمس الائمة السرخسى فى شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات أحدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال وقع فى بعض النسخ للحى منهما وهو سهو وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة وقالا العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب كالحر كما لو تنازعا فى ثوب فى أيديهما وبه قال الشافعى ومالك رحمهما الله تعالى * هذا (فصل) فى بيان ما تندفع به الخصومة * (قال المدعى عليه) عند الدعوى عليه (هذا الشئ) الذى يدعيه هذا الرجل (أودعنيه) فلان وهو غائب (أو آجرنيه) فلان وهو غائب (او اعارنيه) أى أعطانى اياه عارية وقوله (فلان الغائب) يرجع الى الكل بمعنى انه فاعل للكل بحكم العطف (او) قال المدعى عليه (رهنه) أى رهنه الغائب عندى (او) قال (غصبته) أى هذا الشئ (منه) أى من فلان الغائب (وبرهن) أى أقام بينة (عليه) أى على ما قاله (دفعت خصومة المدعى) لانه أثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة الغائب وان يده ليست بيد خصومة فصار كما لو أقرّ المدعى بذلك واثبت ذو اليد اقراره بذلك والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع ولو أقام بينة وقال ابن أبى ليلى تندفع باقراره للغائب من غير اقامة البينة وقال أبو يوسف آخرا ان كان المدعى عليه صالحا فالجواب كما ذكرناه وان كان معروفا بالحيل والافتعال لا تندفع عنه الخصومة وان أقام بينة ان العين للغائب وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع أو المعير باسمه ونسبه ووجهه لان المدعى يمكنه أن يتبعه وان قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد وعند أبى حنيفة تندفع وتسمى هذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية والاجارة والرهن والغصب أو فيها اختلاف خمسة من الائمة رحمهم الله تعالى (وان قال) المدعى عليه (ابتعته) أى اشتريته (من الغائب أو قال المدعى) للمدعى عليه (غصبته) منى (او) قال المدعى (سرق) هذا (منى وقال ذو اليد) الذى هو المدعى عليه (أودعنيه فلان) أى تركه عندى وديعة (وبرهن) أى أقام بينة (عليه) أى على قوله أودعنيه

فلان (لا) تندفع الخصومة لانه بدعواه الشراء من الغائب فى المسئلة الاولى صار معترفا بأن يده يد ملك فيكون معترفا بأنه خصم وفى الثانية لما قال المدعى لصاحب اليد غصبته منى صار خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفى الثالثة قول المدعى سرق منى دعوى الفعل عليه أيضا فى المعنى وانما جهله بالبناء للمفعول لاجل الستر عليه كى لا يقطع يده فصار كأنه قال سرقته منى وقال محمد تندفع الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب منى على البناء للمفعول وجه الاستحسان ما بيناه (وان قال المدعى ابتعته) أى اشتريت هذا الشئ (من فلان وقال ذو اليد) أى المدعى عليه (أودعنيه فلان ذلك) الشئ (سقطت الخصومة) لاتفاقهما على ان أصل الملك لغير المدعى فيكون وصوله الى يده من جهة غير المدعى ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعى أخذه من يده الا أن يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه فيأخذه لكونه أحق بالحفظ ولو صدقه ذو اليد فى شرائه منه لا يأمره القاضى بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره ولو قال ذو اليد أودعنيه وكيل فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا ببينة

هذا (باب) فى بيان أحكام (ما يدعيه الرجلان)

برهنا) أى الاثنان أقام كل منهما بينة (على) ان (ما فى يد آخر) ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه (قضى) أى حكم بذلك (لهما) لعدم الاولوية وقال الشافعى انهما يتهاتران وبه قال أحمد فى رواية وعنه أنه يقرع بينهما وبه قال أحمد فى رواية وعن الشافعى فى قول يوقف أبدا حتى يعلم وعنه كقولنا وعن مالك وأحمد فى رواية يقضى بأعدل البينتين وعند التساوى يقرع وقال الاوزاعى يقضى لمن كان شهوده أكثر عددا ولنا ما روى عن أبى موسى رضى الله تعالى عنه ان رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه أبو داود (و) لو برهنا (على نكاح امرأة) بأن أقام كل واحد منهما بينة ان هذه امرأته (سقطا) أى برهاناهما أراد به تهاترت البينتان لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك (وهى) أى المرأة (لمن صدقت) أى لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقهما (أو) هى تكون لمن (سبقت بينته) بالنكاح الا اذا كانت المرأة فى بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها الا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى لان الصريح يفوق الدلالة فالحاصل اذا تنازعا فيها وبرهنا فان أرخا كان أقدمهما تاريخا أولى وان لم يؤرخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شئ من ذلك يرجع الى تصديق المرأة (و) لو برهنا (على الشراء منه) أى من ذى اليد ولم يكن تاريخ كان (الكل) واحد منهما (نصفه) أى نصف المدعى (ببدله) أى بنصف الثمن (ان شاء) وان شاء ترك لانهما لما استويا فى السبب تخيرا لتعذر القضاء بكله لكل منهما (وباباء) أى بامتناع (أحدهما) أن يأخذ المبيع (بعد القضاء) أى بعد قضاء القاضى به بينهما (لم يأخذ الآخر كله) أى كل المبيع لانه صار فى النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه فلا يكون له أخذه بعد

لانفساخ بخلاف مالو ترك أحدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للآخر أن يأخذه كله لانه أثبت ببينته أنه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به ولم يوجد (وان ارخا) أى البرهانان بأن ذكرت كل واحدة من البينتين تاريخا (فللسابق) أى فالحكم للسابق منهما لانه أثبت ملكه فى المدعى فى زمن لا ينازعه فيه وهذا بالاجماع الا فى قول للشافعى بينهما (والا) أى وان لم يؤرخا (فلذى القبض) أى فيكون لصاحب القبض لان تمكنه من القبض دليل سبق الشراء (والشراء احق من الهبة) يعنى اذا ادعى أحدهما شراء من شخص وادعى الآخر هبة وقبضا من ذلك الشخص بعينه وأقاما البينة ولا تاريخ منهما كان الشراء أولى لانه أقوى بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما أو كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه أولى وكذا الشراء مع الصدقة فى جميع ماذكرنا وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح أنه لا يصح لانه تنفيذ الهبة فى الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز بناء على ان هبة الواحد من اثنين جائزة عندهما خلافا له وقيل يجوز بالاجماع لطرق الشيوع فان أرخا فصاحب التاريخ المقدم أولى وان لم يؤقتا ومع أحدهما قبض كان هو أولى (والشراء والمهر سواء) يعنى اذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل وادعت امرأة ان ذلك الرجل تزوجها على تلك العين فهما سواء لاستواء البينتين فى القوة بخلاف الهبة والبيع ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج وللمشترى نصف الثمن ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وهذا عند أبى يوسف وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج قيمة العين (والرهن أحق من الهبة) يعنى لو ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا من صاحب اليد وأقاما البينة ولا تاريخ لهما ولا قبض كان الرهن أولى لانه مضمون والهبة أمانة والمضمون أقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء (ولو برهن الخارجان) أى لو أقام كل منهما بينة (على الملك) المطلق (والتاريخ أو) أقام بينة (على الشراء من واحد) غير ذى اليد وعلى التاريخ (فالاسبق) منهما تاريخا (أحق) أى أولى فى الصورتين وذكر الصورة الاولى فى أول الباب وأعادها ههنا لاجل ذكر التاريخ وجعل الكرخى هذا متفقا عليه وجعل صاحب الامالى ان هذا قول أبى حنيفة وقول محمد أولا وهو قول أبى يوسف آخرا وفى قول محمد آخرا وهو قول أبى يوسف أولا هو بينهما لانه لا عبرة للتاريخ فى دعوى الملك المطلق ولو أرخت أحداهما دون الاخرى فهما سواء عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف المؤرخ أولى وقال محمد المبهم أولى لان البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الاصل الا ترى انه يستحق به الاولاد والاكساب وملك الاصل أولى من التاريخ ولابى يوسف ان المؤرخ ملكه متيقن فكان أولى ولابى حنيفة ان المبهم يحتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال وأما الصورة الثانية فلانهما لما ادعيا من شخص واحد فقد اتفقا على أن الملك له فمن أثبت منهما التلقى من جهته فى زمان لا يزاحمه فيه أحد كان أولى ولو لم يؤرخا فهما سواء وان أرخت احداهما دون الاخرى فالمؤرخ اولى وان كان مع أحدهما قبض كان هو

قوله لاستواء البينتين كذا بخط العينى رحمه الله وعبارة الزيلعى لاستواء السببين وهى أولى تأمل * قوله نصف الثمن كذا بخطه وعبارة الزيلعى نصف العين وهى الصواب كما لا يخفى اه

أولى ولو أرخ الآخر مالم يثبت انه أقدم تاريخا (و) لو أقام كل منهما بينة (على الشراء من) رجل (آخر) يعني غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه (وذكرا تاريخا استويا) حتى يكون المبيع بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن لان كلا منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل منهما من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما وكذا لو ذكر أحدهما تاريخا دون الآخر فهما سواء بخلاف ما اذا كان المملك لهما واحدا حيث يكون أقدمهما تاريخا أولى (ولو برهن الخارج) أي لو أقام بينة (على ملك مؤرخ و) الحال أن (تاريخ ذي اليد اسبق) فذو اليد أحق عندهما وقال محمد لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق أصلا ولهما أن بينة ذي اليد دلت على تقدم الملك فكانت اولى ولو استوى تاريخهما أو لم يكن معهما تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لان بينته تثبت غير الظاهر ولو كان المدعي في أيديهما وأرخا كان أقدمهما تاريخا أولى عندهما وعند محمد هو بينهما ولو أرخت احداهما دون الاخرى والمسئلة بحالها كان بينهما عندهما لان أبا حنيفة لا يعتبر التاريخ من أحد الجانبين في الملك المطلق ومحمد لا يعتبره بالكلية فيكون بينهما وعند أبي يوسف هو للمؤرخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه (أو برهنا) أي أقاما البينة (على النتاج) اي كل منهما أقام البينة على أنها ولدت عنده فذو اليد أولى أيضا لان بينته قد دلت على مادلت عليه بينة الخارج ومعه ترجيح اليد فكان أولى وهذا بالاجماع الا عن ابن أبي ليلى أن الخارج أولى وقال عيسى بن أبان تهاترت البينتان و يترك في يد ذي اليد لا على وجه القضاء (او) برهنا على (سبب ملك لا يتكرر) مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن وجز الصوف والمرعزي وغزل القطن والكتان ونسج الثياب من غزلهما فذو اليد أولى أيضا لان ذلك في معنى النتاج وان كان على سبب يتكرر مثل البناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب قضى به للخارج وان أشكل عليهم اعتمد في كشف ذلك على أهل الخبرة والواحد منهم يكفي والاحوط اثنان أو ان أشكل عليهم قضى به للخارج لانه الاصل عند عدم العلم والشرط في ذلك أن يبين في الدعوى نصا ان ذلك السبب وجد في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما أو ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب أو نتجت هذه الدابة عندي كان الخارج أولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على أن الثوب نسجه في ملكه وان الدابة ولدت في ملكه فبقي دعوى مطلق الملك وفيه الخارج أولى ولا تقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي أو نسج في ملكي أو ولدت الدابة في ملكي وعلى هذا لو قال جبني اتخذته أنا أو قال اللبن الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي أو الشاة التي حلب منها لبنه ملكي كان الخارج أولى ولو قال اتخذته في ملكي أو حلب لبنه في ملكي كان ذو اليد أولى (او) برهن (الخارج على الملك و) برهن (ذو اليد على الشراء منه) أي من الخارج فصاحب اليد أولى أيضا لان الخارج أثبت الملك لنفسه ببينة وأثبت ذو اليد التلقي منه فكان أولى وقوله (فذو اليد أحق منه) أي من الخارج جواب المسائل الثلاث كما ذكرناها (ولو برهن كل) واحد من الخارج وذي اليد أو الخارجين أو ذوي الايدي (على الشراء من الآخر و) الحال انه (لا تاريخ) لهما (سقطا) أي البرهانان أراد تهاترت البينتان (وترك الدار) المدعاة (في يد ذي اليد) لا على وجه القضاء عندهما

وقال محمد ان كانت فى يد أحدهما يقضى بالبينتين وتكون للخارج لامكان العمل بهما بجعل ذى اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان فى العقار عنده ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصار بينة كل واحد منهما كانها اقامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ثم ان شهدت البينتان بقبض الثمن تقاصا ان كان من جنس واحد وتساويا وان كان أحدهما أكثر رجع بالزيادة وان اختلفا جنسا ردّ كل واحد منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتأتى التقاص عندهما لعدم الوجوب وعند محمد يتأتى لوجوبه عنده ولو شهد الفريقان بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق وان وقتت البينتان فى العقار ولم يثبتا قبضا فان كان وقت الخارج أسبق يقضى بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقى على ملكه وان أثبتا قبضا يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع وان كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا (ولا ترجح) الدعوى أو الحكم (بزيادة عدد الشهود) بان أقام أحد الخصمين شاهدين والآخر أكثر لا ترجح بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة فى العلة لا بكثرة فى العلل ولهذا لا ترجح الآية بآية اخرى ولا الخبر بالخبر وانما ترجح بقوة فيهما بأن يكون أحدهما متواترا والآخر من الآحاد أو كان أحدهما مفسرا والآخر مجملا فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس وعند الشافعى فى القديم وبعض المالكية يرجح بكثرة العدد (دار) كائنة (فى يد آخر ادعى رجل نصفها) بأنه ملكه (و) ادعى (آخر كلها وبرهنا) أى أقام كل منهما البينة على ما ادعاه (فللاول) وهو مدعى النصف (ربعها) أى ربع الدار (وللآخر الباقى) وهو ثلاثة الارباع بطريق المنازعة عند أبى حنيفة لان مدعى الكل لا ينازعه أحد فى النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما فى النصف الآخر فيكون بينهما فسلم لمدعى الكل ثلاثة الارباع ولمدعى النصف سلم له الربع وعندهما المدعى الكل ثلثاها ولمدعى النصف ثلثها لان مدعى الكل يضرب بكلها ومدعى النصف بنصفها بطريق العول وبه قال مالك فى رواية وعند الشافعى فى قول تهاترت البينتان ويحلف ذو اليد فى نصف تقابضاهما فاذا حلف بقى فى يد ذى اليد كله واعلم أن جنس القسمة على أربعة أنواع أحدها ما يقسم بطريق العول اجماعا وهى ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بما دون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدراهم المرسلة والسعاية والعبد اذا قلع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما الثانى ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهى مسئلة واحدة فضولى باع عبد الغير من رجل وفضولى آخر باع نصفه من آخر فاجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الاخذ يكون لمشترى الكل ثلاثة أرباعه ولمشترى النصف الربع بطريق المنازعة والثالث ما يقسم بطريق المنازعة عند أبى حنيفة وعندهما بطريق العول وهى ثلاث مسائل احداها مسئلة الكتاب والثانية اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله وأجازت الورثة

والثالثة اذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره والرابع ما يقسم بطريق العول عند أبى حنيفة وعندهما بطريق المنازعة وهى خمس مسائل احداها عبد مأذون له فى التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبى مائة فدين المولى يسقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصف الدين فى نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذى ذكرناه والثانية اذا أدانه أجنبيان احدهما مائة والآخر مائتين يقتسمان ثمنه على هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما فدفع بهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الجانى مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة أم ولد قتلت مولاها وأجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليى كل واحد منهما على التعاقب فانها تسعى فى ثلاثة أرباع قيمتها فتقسم بين الساكتين فيعطى الربع لشريك العافى آخرا والنصف الآخر بينه وبين شريك العافى أولا أثلاثا ثلثاه لشريك العافى أولا والثلث لشريك العافى آخرا عنده وعندهما أرباعا (ولو كانت) الدار (فى أيديهما) أى فى أيدى المدعين والمسئلة بحالها (فهى) أى الدار كلها (للثانى) وهو مدعى الكل لان مدعى النصف تنصرف دعواه الى ما فى يده لتكون يده يدا محقة ولا يدعى شيأ مما فى يد صاحبه ومدعى الكل يدعى ما فى يد نفسه وما فى يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما فى يده فيترك فى يده لا على وجه القضاء واستوت منازعتهما فيما فى يد صاحبه فكانت بينته أولى لانه خارج فيه فيقضى له فى ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء (ولو برهنا) أى لو أقام اثنان بينة (على نتاج دابة) عندهما (و) الحال انهما (أرخا) أى ذكرا تاريخا (قضى لمن وافق سنها) أى سن الدابة (تاريخه) لظهور علامة الصدق فيه فترجحت بينته بذلك سواء كانت الدابة فى أيديهما أو فى يد أحدهما أو فى يد ثالث وان لم يكن تاريخ يحكم بها الذى اليد ان كانت فى يد أحدهما أو لهما ان كانت فى يدهما أو فى يد ثالث (وان اشكل ذلك) أى سن الدابة فى موافقة أحد التاريخين (فلهما) أى فيقضى لهما به الان أحدهما ليس بأولى من الآخر هذا اذا كانا خارجين بان كانت الدابة فى يد ثالث وكذا اذا كانت فى أيديهما وان كانت فى يد أحدهما قضى به لصاحب اليد لانه لما أشكل الامر سقط التاريخان فصارا كأنهما لم يؤرخا وان خالف سنها التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين فتترك فى يد من كانت فى يده والاصح أنهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين أو كانت فى أيديهما وان كانت فى يد أحدهما يقضى بها الذى اليد (ولو برهن أحد الخارجين) أى لو أقام أحد الخارجين بينة على رجل فى يده عين انه أخذه (على) وجه (الغصب و) برهن (الآخر) على أنه عنده (على) وجه (الوديعة استويا) أى الخارجان فى الدعوى حتى يقضى بتلك العين بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق (والراكب) على الدابة (واللابس) للقميص (أحق) بان تنازع الراكب مع الآخر فى دابة واللابس مع الآخر فى قميص فالراكب أحق (من آخذ اللجام و) اللابس أحق من آخذ (الكم) لان تصرف اللابس والراكب أظهر بخلاف ما اذا أقام الآخذ البينة حيث يكون أولى لان بينة الخارج أولى على

ماذكرنا ولو كان أحدهما راكبا على السرج والآخر رديفاله كان الراكب أولى لان تمكنه فى ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما فى التصرف ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها والآخر ماسك بلجامها قالوا ينبغى أن يكون الماسك أولى ولو تنازعا فى بساط أحدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء وكذا اذا كانا جالسين عليه بخلاف ما اذا كانا جالسين فى دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها فى يد غيرهما وهنا علم أنه ليس فى يد غيرهما (وصاحب الحمل) على الدابة اذا تنازع مع آخر فيها وادعى كل منهما أنها له (و) صاحب (الجذوع) وهو جمع جذع النخلة وغيرها وهى الاخشاب التى ترص على الجدران لاجل تركيب السقف عليها اذا تنازع فى حائط عليه جذوعه مع آخر له عليه هرادى وهو جمع هردية وهى قصبات تضم ملوية بطاقات فى الكرم فيرسل عليها قضبان الكرم كذا فى ديوان الادب لكن صحح فيه الهاء والحاء جميعا وقال فى الصحاح الحردى من القصب نبطى معرب ولا يقال الهردى وكذا قال ابن دريد ولكن ذكره فى باب الحاء (و) صاحب (الاتصال) أراد به اتصال تربيع وهو أن يتداخل لبن البناء المتنازع فيه فى لبن جداره ولبن جداره فى لبن البناء المتنازع فيه وساج أحدهما مركب على ساج الآخر وكان الكرخى يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد والمروى عن أبى يوسف أن اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفى ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركبا على الآخر وأما اذا نقب وأدخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على أنهما بنياه معا ولا بوضع الهرادى ولا البوارى لان الحائط لا تبنى لاجله عادة حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى ولا شئ للآخر فهو بينهما اذا علم أنه بأيديهما ولا يرجح صاحب الهرادى وقال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه تفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او خزف أن يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيها داخلا فى غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلا فى المتنازع فيه واذا كان من خشب فالتربيع أن يكون ساجة أحدهما مركبا فى الآخر فأما اذا نقبت وأدخل فلا يكون مربعا وقوله (أحق من الغير) خبر لقوله وصاحب الحمل وما عطف عليه وهو جواب المسائل الثلاث أما الاولى فلان صاحب الحمل هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت فى يده كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها والآخر ممسك بذنبها وآخر يجذف فيها وآخر يمدها فهى بينهم الا من يمدها فانه لا شئ له فيها لانه لا يد له فيها بخلاف الباقين لانهم المتصرفون فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما لاستوائهما ولا يرجح بكثرة ما فى الحمل لاحدهما وأما فى الثانية فلان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادى متعلق والبناء يبنى للجذوع عادة لا لوضع الهرادى وقال الشافعى لا يرجح بوضع الجذوع لانه يحتمل أن تكون ملكه أو عارية أو غصبا فلا

يكون حجة مع الاحتمال قلنا وضعه علامة ملكه وماذكره من الاحتمال فبعيد ههنا ولو
كان لكل منهما عليه ثلاثة جذوع فهو بينهما لاستوائهما فى أصل العلة ولا يعتبر بالكثرة
والقلة بعد أن يبلغ ثلاثا وانما شرطت الثلاث لان الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما
دون الثلاث غالبا فصارت الثلاث كالنصاب له ولو كان عليه جذوع لاحدهما ثلاثة وللآخر أقل
فهو لصاحب الثلاثة عند أبى حنيفة استحسانا والقياس أن يكون بينهما نصفان وهو أيضا
مروى عنه ثم لصاحب الجذع الواحد أو الاثنين حق الوضع باختلاف الروايات لانا حكمنا
بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع الا اذا ثبت
بالبينة أن الحائط لصاحب الجذوع فحينئذ يؤمر بالقلع وبيان اختلاف الروايات هو انه ذكر
فى كتاب الاقرار ان الحائط كله لصاحب الجذع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق
الوضع وذكر فى كتاب الدعوى أن الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول
بجذعه فيكون فى يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل منهما الملك فيما تحت خشبته
لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من أصحابنا من قال يحكم بما بين الخشبات بينهما على قدر
الاخشاب وأكثرهم على أنه لا يملك صاحب الخشبة أو الخشبتين الا موضع خشبته وقيل يكون
ما بين الخشبة بينهما نصفان وقيل يقسم جميع الحائط بينهما على قدر أخشابهما اعتبارا القدر
الاستعمال وان كان لاحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع أولى وذكر
الطحاوى ان صاحب الاتصال أولى وللآخر حق وضع جذوعه وصحح الجرجانى هذه الرواية
والسرخسى الاولى وفى المحيط الايدى فى الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال
ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة فى الحائط سوى هذا فأولاهم صاحب
التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد فصاحب المحاذاة وان كان لاحدهما جذع
واحد ولا شئ للآخر قيل هما سواء وقيل صاحب الجذع أولى وان كان لاحدهما عليه هرادى
أو بوارى ولا شئ للآخر فهو بينهما فلا يعتبر الهرادى ولا البوارى وفى فتاوى قاضى خان ان
كان لاحدهما جذع واحد وللآخر عليه هرادى أو بوارى أو لم يكن له عليه شئ فهو لصاحب
الجذع وفى شرح الكافى اذا كان الحائط بين الدارين فادعى صاحب كل واحد من الدارين فان
أبا حنيفة قال ان كان لاحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع
لان الحائط ما بنى الا لها وان كان له عليه هرادى أو بوارى لم يستحق بها شيأ وكان الحائط لصاحب
الجذوع لكنه لا يؤمر برفع الهرادى والبوارى وان كان الحائط متصلا ببناء أحدهما وللآخر
عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع الا أن يكون اتصالا بتربيع وهو ان يكون أحد طرفى الآخر
فى هذا الحائط والطرف الآخر فى الحائط الآخر حتى يصير فى معنى حائط واحد وبناء واحد
فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتا على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب
الجذوع موضع جذوعه الا انه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه فان لم يكن متصلا ببناء
أحدهما ولم يكن عليه جذوع فهو بينهما نصفان وأما الثالثة فلان الاتصال بالصورة التى ذكرناها
لا يكون الا عند البناء فدل ذلك على أن بانيهما واحد فى وقت واحد فيرجح به (ثوب فى يده) أى
فى يد رجل (وطرفه) أى طرف الثوب (فى يد) رجل (آخر) تنازعا فيه (نصف) أى يكون (بينهما)

نصفين لان يد كل منهما ثابت فيه ولا يعتبر بالكثرة فى أحدهما لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة بخلاف ما اذا كان فى يد الآخر الهدبة لانها ليست بثوب اذ هى غير منسوجة فلم يكن فى يده شئ من الثوب فلا يزاحم الآخر (صبى يعبر) عن نفسه (فقال انا حر فالقول له) فلا تقبل دعوى أحد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ (ولو قال) صبى يعبر عن نفسه (أنا عبد لفلان أو لا يعبر) الصبى عن نفسه وقال آخر لا يسمع (فهو عبد لمن فى يده) اما الاول فلانه أقر انه لا يد له حيث أقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن فى يده كالقماش ولا يثبت الرق بقول الصبى حتى يقال هو من المضار فلا يعتبر من الصبى بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية وأما الثانى فلانه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو فى يده ان ادعاه لعدم المعارض ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينتقض ذلك الا بالبينة (عشرة ابيات) كائنة (فى دار) كائنة (فى يده) أى فى يد رجل (وبيت) واحد فى الدار أيضا (فى يد آخر فالساحة) التى للدار بين صاحب العشرة والبيت الواحد (نصفان) لان كلا من الملاك يحتاج اليها للاستعمال فى أنواع المرافق من المرور فيها والتوضئ وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك وهما فى ذلك سواء فتنتصف بينهما وصار نظير الطريق لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ماعرف بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر أراضيهما لان الاحتياج اليه لاجل السقى فعند كثرة الاراضى تكثر الحاجة (ادعى كل) واحد من الاثنين (أرضا فى يده ولبن) بتشديد الباء أى ضرب لبنا وهو الطوب النئ (أحدهما) أى أحد الاثنين المدعيين (فيها) أى فى الارض (او بنى) فيها بناية (أو حفر) فيها بئرا (فهى) أى الارض (فى يده) لان اليد فى الارض غير مشاهدة فلا يثبت عند القاضى بمجرد دعواهما انها فى يده فلا بد من اقامة البينة انها فى يده أو من التصرف فيها كالتلبين والبناء والحفر لان التمكن من هذه الاشياء دليل على انها فى يده ثم ان ادعيا انها فى أيديهما لم يقض بلا بينة لاحتمال انها فى يد غيرهما وان ادعيا انها فى يد أحدهما فكذلك لكن ليس للمقر أن ينازعه فى اليد لاقراره انها فى يد صاحبه (كما لو برهن) أحدهما أى أقام بينة (انها) أى الارض (فى يده) فانه يقضى له باليد فيها ويكون الآخر خارجا وان برهنا على انها فى أيديهما قضى بها لهما فان طلبا القسمة لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قيل هذا قول أبى حنيفة وعندهما تقسم والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (دعوى النسب)

(ولدت) أمة (مبيعة لاقل من ستة اشهر مذ بيعت) أى من حين البيع (فادعاه) أى فادعى الولد (البائع فهو) أى الولد (ابنه وهى) أى الامة المبيعة (أم ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن) استحسانا والقياس أن تكون هذه الدعوى باطلة وهو قول زفر والثلاثة لان اقدامه على البيع دليل على أن الحمل ليس منه فاذا لم تصح الدعوى لم يثبت النسب لانه مبنى عليه ووجه الاستحسان أن العلوق حصل فى ملكه يقينا والظاهر عدم الزنا فيكون منه وتصح دعواه مستندا الى وقت العلوق ويفسخ البيع لانه قد باع ام ولده ويرد الثمن لانه مقتضى الفسخ فى العقد وقوله (وان ادعاه المشترى) واصل بما قبله والتقدير ان لم يدع المشترى ذلك وان ادعاه المشترى (معه) أى مع البائع أى مع دعواه (او) ادعى المشترى (بعده) أى بعد دعوى البائع وتذكير الضمير

باعتبار الادعاء لان دعوى البائع أسبق لانها تستند الى حالة العلوق لكونها دعوة الاستيلاد ودعوى المشترى دعوة تحرير اذ العلوق لم يكن فى ملكه فيقتصر فكانت الاولى أقوى فلا تعتبر الثانية فصار المشترى كغيره من الاجانب فلا تصح دعواه واحترز بذلك عما اذا ادعاه المشترى قبله لانه اذا ادعاه أولا يثبت نسبه منه لوجود المجوز للدعوة وهو الملك ألا ترى انه يجوز اعتاقه واعتاق أمه (وكذا) يثبت نسب الولد من البائع (ان ماتت الام) وادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر (بخلاف) ما اذا ادعاه البائع بعد (موت الولد) فانه لا يثبت نسبه منه والفرق أن الولد هو الاصل فى الباب والام تبع له ألا ترى أنه يضاف اليه فيثبت نسبه أولا فتتبعه أمه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها رواه ابن ماجه فاذا كان هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وما هو اذا مات الولد دون الام حيث لا يصح دعوته فى الام لان الحكم لا يثبت فى التبع ابتداء دون متبوعه ويرد المال كله عند أبى حنيفة لانه تبين أنه باع أم ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشترى لانها غير متقومة عنده كالحر ولهذا لا يضمن بالغصب عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانها متقومة عندهما فتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة عند المشترى فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد لئلا يجتمع البدلان فى ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهى الام (وعتقهما) أى وعتق المشترى الام والولد (كموتهما) فى الحكم حتى لو أعتق المشترى الام دون الولد فادعى البائع انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو أعتق الولد دون الام لا تصح دعوته لما ذكرنا ان الولد هو الاصل والام تبع والتدبير كالاعتاق ثم اذا لم يبطل عتق المشترى فى الام فالبائع يرد من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية بالاجماع هنا والفرق لابى حنيفة بين هذا وبين ما اذا ماتت الام فان البائع فيها يرد ما يخص الولد فقط لان القاضى كذبه فى الاعتاق فيما زعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشترى ولم يفسخ البيع فبقى صحيحا فيجب عليه ثمنها بخلاف الموت فان زعم البائع فيه لم يبطل بشئ فبقى معتبرا فى حقه فيرد جميع الثمن وقيل يرد جميع الثمن هنا أيضا عند أبى حنيفة كما فى فصل الموت واليه مال صاحب الهداية (وان ولدت) الامة المذكورة (لاكثر من ستة أشهر) من وقت البيع (ردت دعوة البائع) لعدم العلوق فى ملكه يقين وهو المصحح (الا ان يصدقه) أى البائع (المشترى) فيثبت النسب حينئذ و يحمل على الاستيلاد بالنكاح للتيقن ان العلوق لم يكن فى ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الامة أم ولده لان العلوق حادث بعد البيع واذا ولدت لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين منه فكذلك لا تقبل دعوة البائع الا أن يصدقه المشترى (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما) أى نسب التوأمين (منه) أى من المدعى لانهما من ماء واحد وانما يعرف انهما توأمان اذا كان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فليسا بتوأمين لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فاذا أتت بولد ثم بولد آخر لاقل من ستة أشهر يعلم بالضرورة انهما من ماء واحد (وان باع) المالك (أحدهما) أى أحد التوأمين (واعتقه المشترى) منه ثم ادعى البائع بعده انه ابنه ثبت نسبهما منه فاذا ثبت نسبهما منه (بطل عتق

المشترى) اياه لان دعوة البائع بعده صحت فى الذى لم يبع انه ابنه ومن ضرورة ذلك ثبوت نسب
الآخر لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشترى لكونهما حرى الاصل اذ يستحيل ان
يكون أحدهما حر الاصل والآخر رقيقا وهما من ماء واحد بخلاف ما اذا كان الولد واحدا
حيث لا يبطل فيه اعتاق المشترى بدعوى البائع نسبه لان العتق لو بطل فيه بطل مقصودا لاجل
حق الدعوة للبائع وانه لا يجوز وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبع ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا
وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا وهذا اذا كان أصل العلوق فى ملكه وأما اذا لم يكن
فى ملكه بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى امهما وهى حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لاكثر من
سنتين يثبت نسبهما أيضا لانهما لا يفترقان فيه لكن لا يعتق الذى ليس فى ملكه وان كان المشترى
قد أعتقه لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق فى الملك بخلاف المسئلة الاولى
وهو ما اذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لانها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته
عتقهما بطريق أنهما حرا الاصل فتبين أنه باع حرا (صبى عند رجل) أو عند غيره وهذا ليس
بقيد وانما وقع اتفاقا (فقال) أى الرجل الذى عنده الصبى (هو ابن فلان) الغائب (ثم قال هو
ابنى لم يكن ابنه) أبدا (وان جحد) فلان الغائب (أن يكون) الصبى (ابنه) لان اقراره بنسبه من
من الغير يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان اقراره حجة فى حق نفسه وهذا عند أبى حنيفة وقالا
تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له ان يكون ابنه لان اقراره له بطل بجحود المقر له فصار كأن لم يقر
له وله أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى فى حق نفسه لانه
حجة فى حق نفسه (ولو كان) الصبى (فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى) هو (ابنى وقال المسلم)
هو (عبدى) وادعياه معا (فهو) أى الصبى (حر) ويكون (ابن النصرانى) لانه ينال بذلك شرف
الحرية فى الحال والاسلام فى المآل اذ دلائل الوحدانية ظاهرة فكان فيه الجمع بين المصلحتين
وفى عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع بينهما أولى بخلاف ما اذا
ادعى كل منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه أولى لاستوائهما فى دعوى البنوة فيرجح المسلم
بالاسلام (وان كان صبى فى يد زوجين فزعم) الزوج (انه) أى أن الصبى (ابنه من غيرها) أى من
غير الزوجة (وزعمت) الزوجة (انه) أى ان الصبى (ابنها من غيره) أى من غير الزوج (فهو) أى
الصبى (ابنهما) أى ابن الزوجين لان كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه
فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح أحدهما على الآخر لاستواء أيديهما
فيه فيكون ابنهما هذا اذا كان الصبى لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له أيهما صدق ثبت
نسبه منه (ولدت مشتراته) أى جاريته التى اشتراها (فاستحقت) بأن ظهر لها مستحق فأخذها
(غرم الاب) وهو المشترى (قيمة الولد) للمستحق (وهو) أى الولد (حر) لانه مغرور والنظر من
الجانبين واجب وقد أمكن ذلك بأن يجعل الولد حر الاصل فى حق الاب ورقيقا فى حق المستحق
فيضمن قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب
ميتا يؤخذ من تركته ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير
الشراء أى سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت ثم استحقت روى ذلك عن عمر رضى
الله عنه فى النكاح وعن على رضى الله عنه فى الشراء بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير

نكير فكان اجماعا (وان مات الولد) فى الصورة المذكورة قبل الخصومة (لم يضمن الاب قيمته) لانه لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب أمانة عندنا فأولى أن لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة وقوله (وان ترك) الولد (مالا) واصل بما قبله لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه (وان قتل الولد) أى اذا قتل الولد قاتل وقبض الاب من ديته قدر قيمته (غرم الاب قيمته) أى يجب عليه ضمان قيمته وان لم يقبض شيأ لا يجب عليه شئ وان قبض أقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع تحقق بقتله كما فى ولد المغصوب اذا أتلفه الغاصب (ويرجع) المشترى (بالثمن) أى بثمن الجارية (وقيمته) أى قيمة الولد (على بائعه) لانه صار كفيلا بما شرط عليه من البدل لان البيع مبنى على مساواة البدلين فى حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشترى سالما للبائع وجب أن يكون المبيع سالما للمشترى وذلك بأن يجعل البائع كفيلا بسبب تملك البدل فصار كانه قال للمشترى ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك أحد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك وكذا اذا هلكت عند المشترى فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان أخذ قيمتها منه كاخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا تزوجه رجل على أنها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذ الاستيلاد مبنى على التزويج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فصار كالقائل أنا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد (لا) يرجع المشترى على البائع (بالعقر) أى بما لزمه من العقر وهو مهر المثل وعند الشافعى يرجع لانه ضمان لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء فى ملك الغير لا يجوز أن يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشئ من قيمة الاولاد خلافا للشافعى رحمه الله والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الاقرار) *

هو فى اللغة الاثبات يقال قر الشئ اذا ثبت وأقره غيره اذا أثبته وفى الشرع (هو) أى الاقرار (اخبار عن ثبوت حق للغير) وهذا كالجنس لانه يتناول الشهادة فانها أيضا اخبار عن ثبوت حق للغير وقوله (على نفسه) كالفصل يخرج ذلك وهذا شأن الحد أن يكون مشتملا على الجنس والفصل (اذا أقر حر) قيد به ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون له وقيد بقوله (مكلف) لان اقرار الصبى والمعتوه والمجنون لا يصح الا اذا كان الصبى أو المعتوه مأذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة كالديون والودائع والعوارى والمضاربات والغصوب بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح اقراره بها والنائم والمغمى عليه كالمجنون واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور لانه لا ينافى الخطاب الا اذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شئ وكذا شرب المتخذ من الحبوب أو العسل عندهما خلافا لمحمد والباء فى قوله (بحق)

يتعلق بأقر وقوله (صح) اقراره جواب اذا (ولو) كان المقر به (مجهولا كشئ او حق) بان قال
على لفلان شئ أو حق لان الحق قد يلزمه مجهولا بان يتلف مالا أو يجرح جراحة أو يبقى عليه
باقية حساب لا يعرف قيمته ولا أرشها ولا قدرها ولو كان المقر له مجهولا بأن قال على الف لواحد
من الناس لا يصح لانه لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعى وكذا اذا لم تتفاحش
الجهالة بان قال على ألف لاحد هذين وذكر الناطفى فى واقعاته أن الجهالة اذا تفاحشت
لا يجوز وان لم تتفاحش جاز لان صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفى مثله يؤمر بالتذكر لانه قد
ينسى صاحب الحق ولا يجبر على البيان وفى النهاية اذا كان المقر عليه مجهولا بأن قال لك على
أحدنا ألف درهم لا يصح للجهالة (ويجبر) المقر (على بيانه) أى بيان المجهول لانه لزمه الخروج
عما التزمه وذلك بالبيان فيجبره الحاكم عليه (ويبين) المقر (ماله قيمة) لانه أخبر عن الواجب فى
ذمته وما لا قيمة له لا يجب له فاذا بينه يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة حنطة أو قطرة ماء
وما أشبه ذلك ولو قال فى قوله على حق أردت به حق الاسلام لا يصدق لانه خلاف العرف
(والقول للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منه) لانه المنكر (وفى) قوله لفلان على (مال لم
يصدق فى اقل من درهم) لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة هذا الذى قاله
صاحب الهداية وقال القدورى يقبل قوله فى القليل والكثير لان المال عبارة عما يتمول به
وذلك موجود فى القليل والكثير وفى شرح الكافى اذا بين ما دون الدرهم نحو نصف درهم أو
دانق قالوا القياس أن يصدق وفى الاستحسان أن لا يصدق فيما دون الدرهم وفى الاجناس فى
نوادر هشام قال محمد لو قال لفلان على مال له أن يقر بدرهم وقال فى الهارونى لو قال لفلان على
مال هو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق فى أقل منه (و) فى قوله على (مال عظيم) يجب (نصاب)
لانه عظيم فى الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا وعن أبى حنيفة لا يصدق فى أقل من عشرة لانه
نصاب السرقة والمهر حيث يقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعند الشافعى
وأحمد يصدق فى قليل وكثير هذا فى الدراهم وأما فى الدنانير لم يصدق فى أقل من عشرين دينارا ثم
يعتبر أن يبلغ نصابا يؤخذ من جنسه الزكاة من المال الذى بينه فيه حتى اذا بينه فى الابل لا
يصدق فى أقل من خمس وعشرين لان ما دون ذلك قليل حيث لا يجب فيه الزكاة من جنسه وفى
الشامل لو قال له درهم عظيم يلزمه درهم واحد وفى المنتقى فى المال القليل انه درهم وفى نوادر
هشام عن محمد لو قال لفلان على مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتا درهم وفى كفاية البيهقى عن أبى
يوسف لو قال لفلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله
تضعيف مرة ولو قال له على دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا فعليه ثمانية عشر ولو
قال عشرة وأضعافها مضاعفة يلزمه ثمانون درهما لان أضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضمت مع
العشرة تكون أربعين فأوجبها مضاعفة فتكون ثمانين (و) فى قوله له على (اموال عظام) يجب
(ثلاثة نصب) من أى مال فسره لان أقل الجمع ثلاثة فلا يصدق فى أقل منه وان بينه بغير مال
الزكاة يعتبر أن يبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب (و) فى قوله له على (دراهم كثيرة) يجب (عشرة)
دراهم عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق فى أقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر وبه
قال مالك فى رواية وعند الشافعى وأحمد يلزمه ما بين وله أن العشرة أقصى ما يذكر بلفظ الجمع

فكان

فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة فعندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وعلى هذا اذا قال على ثياب كثيرة أو وصائف كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه مايساوى مائتى درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة أو بقرا كثيرة أو غنما كثيرة أو حنطة كثيرة ينصرف الى أقل نصاب يؤخذ منه ماهو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل وثلاثون من البقر وأربعون من الغنم وخمسة أوسق من الحنطة وعنده يرجع الى بيان المقر ولو قال له على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفى لم أجد منصوصا وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان (و) فى قوله له على (دراهم) يجب (ثلاثة) دراهم لانه أقل الجمع (ولو قال) له على (كذا درهما) يجب (درهم) لانه تفسير للمبهم وفى الذخيرة يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد وأقله اثنان وفى الاختيار يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا ايذكر للعدد عرفا وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روى عن محمد أنه يلزمه مائة وعند الشافعى وأحمد يلزمه درهم فى الرفع والنصب وفى الخفض جزؤه (و) لو قال له على (كذا كذا) درهما يجب (أحد عشر) درهما لانه ذكر عددين مبهمين بغير حرف العطف وأقل ذلك من العدد المفسر أحد عشر وأكثره تسعة عشر فالاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه وعند الشافعى يلزمه درهم (و) لو قال له على (كذا وكذا) بحرف العطف يجب (أحد وعشرون) درهما لانه فصل بينهما بحرف العطف وأقل ذلك من العدد المفسر أحد وعشرون وأكثره تسعة وتسعون فالاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه وعند الشافعى يلزمه درهمان (ولو ثلث) بتشديد اللام (بالواو) بأن قال كذا وكذا وكذا درهما (تزاد مائة) على أحد وعشرين فيجب مائة وأحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب أحد عشر لانه لانظير له فلا يزاد على الاول (ولو ربع) بتشديد الباء بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا درهما (زيد) على المائة وأحد وعشرين (الف) درهم فيجب الف ومائة وأحد وعشرون ولو خمس بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا وكذا ينبغى أن يزاد عشرة آلاف ولو سدس بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا وكذا وكذا يزاد مائة ألف ولو سبع بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا وكذا وكذا وكذا يزاد ألف ألف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ماجرت به العادة الى مالا يتناهى ولو قال كذا كذا درهما ودينارا فعليه احد عشر منهما بالسوية بخلاف ما اذا قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا حيث يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر ولو قال له (على أو) قال له (قبلى) فهو (اقرار بدين) لان على للوجوب وقبلى تنبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان أى ضمن ويسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن ولو قال أردت به وديعة ووصل صدق فيهما وفى بعض نسخ مختصر القدورى فى قوله قبلى اقرار بالامانة والاول هو الاصح ولو قال (عندى) أو قال (معى) أو قال (فى بيتى) أو قال (فى صندوقى) أو قال (فى كيسى) فهو اقرار (بالامانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والامانة أدناهما فيحمل عليها للتيقن به وفى شرح الكافى لو قال له فى مالى مائة درهم أو قال فى دراهمى هذه مائة درهم فهذا اقرار بالشركة ولو قال له من مالى ألف درهم أو قال له من دراهمى هذه فهذه هبة ولا يجوز الا أن يدفعها اليه

ولو قال له فى مالى ألف درهم لا حق لى فيه فهذا اقرار بالدين ولو (قال) رجل لآخر (لى عليك الف) درهم مثلا (فقال) المخاطب (اتزنه) أى الالف (او انتقدها او أجلنى به او قضيتكه او احلتك به فهو اقرار) لان الهاء كناية عن المذكور فى الدعوى فى جميع ذلك فصار كأنه أعاد المدعى فيكون اقرارا (و) لو قال (بلا كناية) أى بغير هاء الضمير بأن قال اتزن أو انتقد أو أجلنى أو قضيتك أو أحلتك (لا) يكون اقرارا وعند الشافعى وأحمد يكون اقرارا فى قوله اتزنه أو انتقده مطلقا يعنى بالكناية وغيرها وفى قوله قضيتكه اقرار مطلقا عند الثلاثة وفى شرح الكافى اذا قال الرجل للرجل اقضنى الالف التى عليك فقال نعم أو قال سأعطيكها أو غدا أعطيكها أو سوف أعطيكها أو اقعد فاتزنها أو اقعد فانتقدها أو اقعد فاقبضها أو قال لم تحل بعد أو قال اتزنها أو اعددها أو خذها أو أرسل غدا من يتزنها أو من يقبضها أو قال ليست عندى اليوم أو ليست بمهيأة اليوم يكون ذلك اقرارا وكذا لو قال أجلنى فيها أو نفسنى فيها أو قال ما أكثر ما تتقاضانيها أو قال غممتنى بها أو ألزمتنى بها أو آذيتنى فيها أو قال والله لا أقضيكها أو لا أؤديها اليك اليوم أو لا تأخذها منى اليوم وكذا لو قال حتى يدخل على مالى أو حتى يقدم على غلامى فهذا كله اقرار (وان أقر) رجل (بدين مؤجل وادعى المقر له انه) أى ان الدين (حال لزمه) أى المقر حال كون الدين (حالا) لانه أقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له فاقراره فى حقه حجة ولا تقبل دعواه بغير حجة وعند الشافعى وأحمد لزمه مؤجلا مع يمينه (وحلف المقر له على الاجل) لانه المنكر للاجل ولو قال له (على مائة ودرهم فهى) أى المائة (دراهم) استحسانا لوقوع درهم تفسيرا للمائة المبهمة والقياس أن يرجع فى تفسير المائة اليه وهو قول الشافعى ولو قال له على (مائة وثوب) يلزمه الثوب ولكن (يفسر المائة) لانها مبهمة والثوب عطف عليها لا تفسير لها (وكذا) الحكم فى قوله له على (مائة وثوبان) يلزمه الثوبان ويفسر المائة لما قلنا (بخلاف) ما اذا قال له على (مائة وثلاثة أثواب) حيث تكون الاثواب تفسيرا للمائة لانه ذكر عددين مبهمين وأردفهما بالتفسير وصرفت اليهما لعدم العاطف وعند الشافعى ومالك تفسير المائة اليه فى الكل وعند أحمد المبهم من جنس المفسر فى الفصلين (اقر بتمر فى قوصرة) وهى وعاء يعمل من الخوص وغيره ويقال وعاء للتمر منسوج من قصب قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فأحسبها دخيلا وقد روى أفلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا أدرى ما صحة هذا البيت (لزماه) أى التمر والقوصرة لان الاقرار بالمظروف لا يتحقق بدون ظرفه حتى لو قال من قوصرة لا تلزمه القوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون مقرا بالمنزوع وعلى هذا الطعام فى الجوالق أو فى السفينة وكذا لو أقر بغصب ثوب فى منديل وعند الثلاثة لزمه التمر فقط أو الثوب فقط (و) لو أقر (بدابة فى اصطبل لزمته الدابة فقط) يعنى لا يلزمه الاصطبل لان غصب العقار لا يتحقق عندهما وعلى قياس قول محمد يضمنهما وعلى هذا الطعام فى البيت (و) لو أقر (بخاتم له الحلقة والفص) جميعا لاطلاق الاسم على جميع الاجزاء ولهذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسمية (و) لو أقر (بسيف له) أى للمقر له (النصل) وهو حديدته (والجفن) بفتح الجيم وهو غمده أى غلافه (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهى علاقة السيف مثل المحمل وقال الاصمعى حمائل السيف لا واحد لها من لفظها وانما واحدها محمل وذلك لان اسم السيف ينطلق

على

على الكل (ولو) أقر (بحجلة) بتقديم الحاء على الجيم وهو بيت يزين بالثياب والاسرة والستور
ويجمع على حجال (له) أى المقر له (العيدان) وهو جمع عود (والكسوة) لان الاسم يطلق على
هذه الجملة (و) لو أقر (بثوب فى منديل او) بثوب (فى ثوب لزماه) أى الثوب والمنديل فى الصورة
الاولى والثوبان فى الصورة الثانية لانه ظرف له فيدخل فيه بخلاف ما اذا قال غصبت اكافا على
حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة دون الحمار (و) لو أقر (بثوب فى عشرة) أثواب (له) أى للمقر له
(ثوب) خاصة عند أبى يوسف وعند محمد عليه أحد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف فى
عشرة فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة فى جوالق ولابى يوسف وهو قول ابى حنيفة ان
العشرة لا تكون ظرفا لثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة (و) لو أقر (بخمسة فى
خمسة و) الحال انه (عنى الضرب) أى الحساب لزمه (خمسة) عندنا وقال زفر عليه عشرة وقال
الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون بعرف الحساب هكذا قال الشارح وفى التقريب مذهب
زفر مثل قول الحسن وكذا قال فى المجمع وان أراد الحساب ألزمناه بخمسة لا خمسة وعشرين
فهذا كما عرفت يدل على أن اللازم عند زفر خمسة وعشرون كما هو مذهب الحسن وهو قول أحمد
ورواية عن مالك أيضا ولنا أن الضرب لا يكثر المال المضروب وانما يكثر الاجزاء وتكثير
الاجزاء لا يوجب التعدد (و) يلزمه (عشرة ان عنى) أى ان قصد المقر معنى (مع) لان اللفظ يحتمل
المعية معنى فقد نوى محتمل كلامه فيصدق ولو قال (له) أى لفلان (على من درهم الى عشرة او)
قال له على (ما بين درهم الى عشرة له) أى للمقر له (تسعة) عند أبى حنيفة وقالا عشرة وهو
قول الثلاثة وفى قول عنهم تسعة وعند زفر ثمانية الاصل فى ذلك أن عنده يدخل الابتداء ولا
يدخل الانتهاء وعندهما يدخلان جميعا وعند زفر لا يدخلان جميعا وهو القياس كما لو قال لفلان
من هذا الحائط الى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين فان الحائطين لا يدخلان فى الاقرار
بالاجماع وهو معنى قوله ولو قال (له) أى لفلان (من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له)
أى للمقر له (ما بينهما) أى ما بين الحائطين (فقط) يعنى دون الحائطين لان الغاية لا تدخل تحت
المغيا فى المحسوس ولا المبدا بخلاف ما تقدم (وصح الاقرار بالحمل) بان قال حمل جاريتى هذه
لفلان أو حمل شاتى هذه فانه يصح لان فى تصحيحه وجها وهو الوصية من جهة غيره فيحمل عليه
ثم ان كان المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده عند الاقرار أو احتمل ذلك بأن
تضعه لاقل من ستة أشهر (و) صح أيضا (للحمل) أى لحمل امرأة مثلا ولكن انما يصح (ان بين
سببا صالحا) بأن يقول مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان وهذا عند أبى يوسف وعند محمد يجوز
وان لم يبين السبب لانه يمكن أن يحمل على الاسباب الصالحة لثبوت الملك تصحيحا الاقرار وبه
قالت الثلاثة ولابى يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الواجب بالمعاملات دون غيره وذلك
لا يتصور فى الجنين الا اذا بين سببا صالحا ثم اذا صح الاقرار للحمل انما يصح اذا جاءت به فى مدة يعلم
أنه كان موجودا وقت الاقرار أو يحتمل وذلك بأن تضعه لاقل من ستة أشهر اذا كانت ذات
زوج أو لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة ثم ان ولدته حيا كان له ما اقر به وان
ولدته ميتا يرد الى ورثة الموصى أو ورثة أبيه وان ولدت ولدين فان كانا ذكرين أو انثيين فهو
بينهما نصفان وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فكذلك فى الوصية وفى الارث للذكر مثل حظ

الاثنين (والا) أى وان لم يبين سببا صالحا وهذا يعم الوجهين الاول أن يبين سببا غير صالح مثل ما اذا قال باعنى أو أقرضنى أو اجرنى (لا) يصح اقراره بل يلغو الوجه الثانى أن يبهم الاقرار فهو على الخلاف المذكور (وان اقر بشرط الخيار) بأن قال له على ألف درهم قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على أنى بالخيار ثلاثة أيام (لزمه المال) لانّ الاقرار حجة ملزمة على ما بينا (وبطل الشرط) لانّ الاقرار اخبار وليس بانشاء والاخبار لا يقبل الخيار ولانه فى معنى التعليق بالشرط والخبر لا يحتمل ذلك وأما اذا قال له علىّ ألف درهم من ثمن مبيع اشتريته على أنى بالخيار صح ويثبت الخيار اذا صدقه المقرّ له أو أقام على ذلك بينة وان كذبه لم يثبت وكان القول قول المقرّ له لانه من العوارض كالاجل والقول فيها قول المنكر والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الاستثناء وما فى معناه)

الاستثناء طلب الثنيا من الثنى وهو الصرف وفى اصطلاح الفقهاء هو تكلم بالباقى بعد الثنيا عندنا وعند الشافعى اخراج بعد الدخول بطريق المعارضة وهذا مشكل فانّ الاستثناء جائز فى الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وثمرة الخلاف فيما اذا قال له على ألف درهم الا مائة أو خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلما بالباقى وكان مانعا من الدخول شككنا فى المتكلم به والاصل فراغ الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك فصار نظير ما لو قال علىّ تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك فى المخرج فخرج الاقل وهو خمسون والباقى على حاله قوله وما فى معناه مثل قوله له علىّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه فانّ قوله لم أقبضه فى معنى الاستثناء (صح استثناء بعض ما اقر به) حال كون الاستثناء (متصلا) قيد به لانه اذا استثنى غير متصل لم يصح الاستثناء وانما شرط الاتصال لانّ الكلام لا يتم الا بآخره فاذا انقطع الكلام فقد تم فلا يعتبر الاستثناء بعده (ولزمه الباقى) أى المستثنى منه نحو ما اذا قال له على عشرة الا درهما يلزمه تسعة دراهم واطلاق لفظ البعض دليل على ان استثناء الاكثر جائز نحو له على عشرة الا تسعة يلزمه درهم واحد وعند أحمد لا يصح استثناء الاكثر (لا) يصح (استثناء الكل) وهو الاستثناء المستغرق نحو له على عشرة الا عشرة لانه رجوع فلا يصح الا اذا كان بخلاف لفظ المستثنى منه نحو عبيدى أحرار الا هؤلاء أو نسائى طوالق الا هؤلاء أو عبيدى أحرار الا مبارك وسالم وبزيع أو نسائى طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى صح الاستثناء فلا يعتق واحد منهم ولا تطلق واحدة منهنّ لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شئ من المستثنى منه اذ اللفظ صالح له وذلك يكفى لصحة الاستثناء (وصح استثناء الكيلى والوزنى من الدراهم) نحو ما اذا قال له علىّ ألف درهم الا قفيز حنطة أو الا دينارا صح ذلك وكذا لو قال له علىّ مائة دينار الا قفيز شعير أو الا عشرة دراهم صح عندهما وقال محمد لا يصح لانه استثنى خلاف الجنس فصار كما لو قال الا شاة وبه قال زفر وأحمد ولهما أنه استثنى مقدارا من مقدار وهو جنسه معنى بخلاف الشاة (لا) يصح استثناء (غيرهما) أى غير الكيلى والوزنى من الدراهم كما اذا قال له على مائة درهم الا ثوبا أو الا شاة وقال الشافعى يصح من حيث انهما متحدان من حيث المالية وبه قال مالك ولنا ما قلنا (ولو وصل) المقرّ (باقراره ان شاء الله بطل اقراره) خلافا لاحمد لانه ابطال أو

تعليق

قوله مبارك الخ كذا فى النسخ برسمه وما بعده منصوبة غير المنصوب مع ان الاستثناء من تام موجب

تعليق فان كان الاول فقد بطل وهو ظاهر وان كان الثانى فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال لفلان على ألف درهم ان شاء فلان كان الاقرار باطلا وان شاء فلان لانه علقه بشرط فى وجوده خطر وكذا كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان دخلت الدار أو ان مطرت السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو أراده او رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره ولو قال اشهدوا أن له على ألف درهم ان مت فهو عليه ان مات أو عاش لانه ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة وكذا اذا قال اذا جاء رأس الشهر أو أفطر الناس أو الى الفطر أو الى الاضحى لان هذا ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى الوقت المذكور فيقبل اقراره ودعواه الاجل لا تقبل الا ببينة فان قلت مامعنى قولهم الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال أو تعليق قلت انه ابطال عند محمد وتعليق عند أبى يوسف بيانه فيما قال فى الفتاوى الصغرى والتتمة اذا قال أنت طالق ان شاء الله فهو يمين عند أبى يوسف حتى لو قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها أنت طالق ان شاء الله يحنث وعند محمد لا يكون يمينا حتى لا يحنث به وفى الواقعات الحسامية رجل قال لامرأته أنت طالق فجرى على لسانه ان شاء الله من غير قصد وكان قصده ايقاع الطلاق لا يقع الطلاق لان الاستثناء موجود حقيقة والكلام مع الاستثناء لا يكون ايقاعا (ولو استثنى البناء من الدار) بأن قال هذه الدار لزيد والبناء لنفسى (فهما) أى الدار والبناء جميعا (للمقر له) لان البناء داخل فى الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف فى اللفظ فلم يصح وعند الثلاثة يصح (وان قال) المقر (بناؤها لى والعرصة) أى البقعة (لك فهو) أى الحكم أو اقراره (كما قال) بأن يكون البناء له والعرصة للمقر له لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كأنه قال بياض هذه الدار دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة الارض بان قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان حيث يكون له البناء أيضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل منهما ما أقر له به (ولو قال) رجل (على ألف) لفلان (من ثمن عبد) اشتريته منه و(لم اقبضه) أى العبد (فان عين) المقر (العبد) بأن ذكر عبدا بعينه (وسلمه) أى المقر له سلم العبد (اليه) أى الى المقر (لزمه) أى المقر المشترى (الالف) لانه أقر بألف على صفة فتلزمه على الصفة التى أقر بها (والا) أى وان لم يسلم المقر له العبد الى المقر (لا) يلزمه شئ لما ذكرنا (وان لم يعين) المقر العبد (لزمه الالف) عند أبى حنيفة ولم يصدق فى قوله ماقبضت العبد وصل كلامه أو فصل وقالا ان وصل صدق ولا يلزمه شئ وان فصل فان أنكر المقر له سبب الوجوب لم يصدق وان صدقه المقر له بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا وبه قالت الثلاثة وله أنه رجوع بعد الاقرار فلا يصح لا موصولا ولا مفصولا وبه قال زفر والحسن كذا فى التقريب (كقوله) أى كقول المقر أى كما يلزمه الالف فى قوله له على ألف (من ثمن خمر او خنزير) ولم يقبل هذا التفسير عند أبى حنيفة وصل أو فصل وعندهما يصدق ان وصل ولا يلزمه الالف على مامر ولو قال له على ألف درهم حرام أو ربا فهى لازمة لاحتمال أن يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال زورا أو باطلا ان صدقه المقر له فلا شئ عليه وان كذبه لزمه (ولو قال) له على ألف (من ثمن متاع او اقرضنى وهى زيوف) جمع زيف وهو ما زيفه بيت المال ولا يقبله (او قال هى (نبهرجة) وهى

ماتردّه التجار (لزمه الجياد) عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أو فصل وكذا اذا قال ستوقة أو
رصاص لان العقد يقتضي سلامة العوضين عن العيب وادعاء العيب رجوع عن بعض موجب
العقد فلا تسمع وقالا يصدّق اذا وصل لما مرّ وبه قالت الثلاثة (بخلاف الغصب والوديعة) بأن
قال له علي ألف درهم غصبته منه الا أنها زيوف أوله عندي ألف درهم وديعة الا أنها زيوف فانه
يصدق مطلقا لان الغصب لا يقتضي السلامة وكذا الوديعة وكذا لو قال الا أنها نبهرجة لانها
نوع من الدراهم ولو قال الا أنها ستوقة لا يصدق الا موصولا لانها ليست من جنس الدراهم
وعند الشافعي واحمد يلزمه الجياد مطلقا في الكل (ولو قال) المقرّ له علي ألف درهم (الا انه
ينقص كذا) مائة درهم مثلا واستثنى ذلك استثناء (متصلا) بكلامه (صدّق) لانه استثناء القدر
فيكون تغييرا فيصح موصولا لا مفصولا (والا) أي وان لم يستثن متصلا (لا) يصدق ولو كان
الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال فعن أبي يوسف انه يصح اذا وصله به
وعليه الفتوى (ومن أقرّ بغصب ثوب وجاء بمعيب) أي بثوب معيب (صدق) لان الغصب
لا يختص بالتسليم كالوديعة على ما بينا (وان قال) المقرّ (اخذت منك الفا وديعة وهلكت)
عندي (وقال) المقرّ له بل (اخذتها) حال كونها (غصبا) أو حال كونك غاصبا (فهو) أي المقرّ
(ضامن) لانه أقرّ بسبب الضمان وهو الاخذ ثم انه ادّعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ
والآخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال المقرّ له بل أخذتها قرضا حيث يكون
القول للمقرّ لانهما تصادقا على أن الاخذ حصل باذنه وهذا لا يوجب الضمان على الآخذ
الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذلك ينكر فالقول قول المنكر (وان قال) المقرّ
(اعطيتنيها) أي الالف (وديعة) أي لاجل كونها وديعة عندي وهلكت عندي (وقال)
المالك المقرّ له (لا) بل (غصبتها) مني (لا) يضمن المقرّ لانه لم يقرّ بسبب الضمان بل أقرّ بالاعطاء وهو
فعل المقرّ له فلا يكون مقرّا على نفسه بسبب الضمان والمقرّ له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر
فالقول قوله (وان قال) رجل (هذا) الشئ (كان وديعة) كائنة (لي عندك فاخذته فقال) المقرّ
له (هو) أي هذا الشئ (لي اخذه) المقرّ له لان المقرّ أقرّ باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان
ثم ادّعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه ردّ العين ان كان قائما والا فقيمته (وان قال
اجرت بعيري او ثوبي هذا فلانا فركبه) أي البعير (او لبسه) أي الثوب (فردّه) الي وقال
فلان بل هو مالي (فالقول) في ذلك (للمقرّ) عند أبي حنيفة استحسانا وقالا القول قول
المقرّ له قياسا وبه قالت الثلاثة وعلى هذا العارية والاسكان بأن قال أعرت فلانا ثوبي
ثم أخذته منه أو أسكنت فلانا داري ثم أخذتها منه وقال فلان بل هو لي فعلى الخلاف المذكور
وجه القياس أنه أقرّ باليد له ثم ادّعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه عليه فيجب
عليه الرد وجه الاستحسان أن اليد في الاجارة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع
فلا يكون اقرارا باليد له مامقصودا فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقرّ وفي الاسرار
الاختلاف فيما اذا لم تكن الدابة معروفة للمقرّ ولو كانت معروفة كان القول قوله بالاجماع
ولو قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه وانكر المقرّ له كان القول قوله فله أن
يأخذها منه وهذا أظهر ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا

الكرم وذلك كله فى يد المقر وقال المقر له الملك ملكى وفعلت ذلك لنفسى وقال المقر لا بل استعنت بك ففعلت أو فعلته باجر كان القول للمقر ولو قال ان هذا اللبن أو هذا السمن أو هذا الجبن من بقرة فلان أو هذا الصوف من غنمه أو هذا الثمر من نخلته وادعى فلان أنه له أمر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشئ اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل (ولو قال هذا الالف وديعة فلان) عندى ثم قال (لا بل وديعة لفلان فالالف) الذى ذكره يكون (للاول) أى للمقر له الاول (وعلى المقر) ألف (مثله) أى مثل الالف الاول (للثانى) أى للمقر له الثانى لان الاقرار صح للاول وقوله لا بل وديعة فلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله فى حق الاول ويجب عليه ضمان مثلها للثانى لانه أقر له بها وقد أتلف عليه باقراره بها للاول فيضمن له بخلاف ما اذا قال هى لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثانى شئ لانه لم يقر بالايداع منه وانما أقر به للاول ثم رجع وشهد به للثانى فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل

هذا (باب) فى بيان أحكام (اقرار المريض دين الصحة)

(وما) أى الذى أى الدين الذى (لزمه فى مرضه بسبب معروف) وهو كل دين وجب عليه من ثمن مال ملكه أو استهلكه أو علم وجوبه بالبينة (قدم على ما أقر به فى مرضه) وقال الشافعى رحمه الله الدينان سواء لانه اقرار لا تهمة فيه لانه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق فى الحالين وبه قال مالك وأحمد ولنا أن حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت فى أول مرضه لانه عجز عن قضائه من مال آخر فالاقرار فيه صادف حق غرماء الصحة فكان محجورا عنه ومدفوعا به وانما استوى الدين المعروف السبب ودين الصحة لانه لما علم سببه انتفى التهمة فى الاقرار به (وأخر الارث عنه) أى عن الذى أقر به فى حالة المرض لان الورثة لا تستحق شيأ من مال الميت ما دام عليه دين (وان أقر المريض لوارثه بطل) وقال الشافعى لا يبطل لانه مال له اقر به لغيره فيصح كما فى حال الصحة وعند مالك يصح اذا لم يتهم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه ضرر لبقية الورثة (الا أن يصدقه) أى المريض (البقية) من الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا صدقوه فقد أقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح الا أن يصدقه البقية (وان اقر) المريض (لاجنبى صح) لعدم التهمة (وان أحاط) اقراره أى وان استغرق (بماله) وعند أحمد يصح من الثلث (وان أقر لاجنبى ثم أقر ببنوته) أى بأنه ابن له (ثبت نسبه) لان النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه (وبطل اقراره) لانه تبين أنه أقر للوارث الا عند الشافعى فى الاصح ومالك لا يبطل اذا لم يتهم (وان أقر) المريض (لاجنبية) أى امرأة أجنبية (ثم نكحها صح) اقراره لها وقال زفر لا يصح لانها وارثة عند الموت فتحصل التهمة ولنا أنه أقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده (بخلاف الهبة والوصية) حيث لا يصحان لها أيضا كما لا يصح للوارث صورته أن يهب لاجنبية شيأ أو يوصى لها بشئ ثم يتزوجها فانها لا تصح لان الوصية تمليك بعد الموت وهى وارثة حينئذ فلا تصح والهبة فى المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث فلا تصح أيضا (وان أقر لمن طلقها ثلاثا فيه) أى فى المرض (فلها الاقل من الارث والدين) لانهما متهمان فى ذلك لانسداد باب الاقرار للوارث فلعل الاقدام على الطلاق لتصحيح الاقرار لها زيادة على ميراثها والتهمة منتفية عن

أقل الامرين وفى قول عن الشافعى لا يلزم الاقرار وهذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلاسؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار (وان أقر) رجل (بغلام مجهول) النسب (يولد مثله) أى مثل هذا الغلام (لمثله) أى لمثل هذا المريض قيد به لانه اذا كان أكبر منه سنا كذبه الظاهر حتى عند مالك لو كذبه العرف بأن يكون هنديا والغلام فاسيا لا يثبت نسبه (أنه) أى ان هذا الغلام (ابنه فصدقه) أى المقر (الغلام) قيد به لان المسئلة فى الغلام المعبر عن نفسه لانه حينئذ يكون فى يد نفسه بخلاف الصغير لانه فى يد غيره فينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر تصديقه وعند الثلاثة يثبت نسبه بلا تصديقه أيضا لو غير مكلف (ثبت نسبه) لانه من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه (ولو كان) المقر فى حال اقراره (مريضا وشارك) الغلام (الورثة) فى الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب (وصح اقراره) أى اقرار الرجل (بالولد والوالدين والزوجة والمولى) لانه ليس فيه حمل النسب على غيره فيقبل (و) صح (اقرارها) أى اقرار المرأة (بالوالدين والزوج والمولى) لما ذكرنا (و) صح اقرارها أيضا (بالولد) بأحد الشرطين اشار الى الاول بقوله (ان شهدت قابلة) بولادته منها وأشار الى الثانى بقوله (أو صدقها زوجها) لان الولد للفراش والحق له فاذا صدقها فقد أقر به هذا اذا كانت المرأة ذات زوج أو معتدة وادعت أن الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها أما اذا لم يكن لها زوج ولا هى معتدة أو كان لها زوج وادعت أن الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (ولا بد من تصديق هؤلاء) يعنى تصديق الولد والوالدين والزوجة والمولى والزوج لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم فى يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه (وصح التصديق) أى تصديق هؤلاء (بعد موت المقر) لان النسب يبقى بعد الموت (لا تصديق الزوج) بالزوجية (بعد موتها) أى بعد موت المرأة فانه لا يصح لانقطاع النكاح وكذا اذا أقر الرجل بالزوجية فصدقته المرأة بعد موته عند أبى حنيفة وعندهما يجوز تصديقها بعد موته لبقاء النكاح بعد موت المرأة فى حق الارث والاقرار قائم والتكذيب منه لم يوجد فصح التصديق فى هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها ولهذا لو أقام البينة على النكاح بعد موتها تقبل (وان أقر) رجل (بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت) نسبه منه لان فيه حمل النسب على غيره فلا يجوز الا باقامة البينة الا فى حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما حجة عليهما (فان لم يكن له) أى للمقر بأنه أخوه أو عمه (وارث غيره) أى غير نحو الاخ والعم قريب أو بعيد (ورثه) لانه مقر بشيئين بالنسب ففيه مقر على غيره فلا يجوز وباستحقاق ماله بعده ففيه مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم وقال الشافعى رحمه الله تعالى يثبت نسبه منه ولا يشارك الميراث وفى قول لا يثبتان وفى قول يثبتان (وان كان) له وارث قريب كذوى الارحام أو بعيد كمولى الموالات (لا) يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان أو بعيدا (ومن مات أبوه فأقر بأخ شركه) الاخ (فى الارث ولم يثبت نسبه) لما ذكرنا أن اقراره مقبول فى حق نفسه غير مقبول فى حق غيره قيل هذه المسئلة بعينها فهمت مما تقدم فتقع هذه

مكررة

مكررة * قلت ليس كذلك لان المقر في المسئلة السابقة مورث وههنا وارث وان كانا سواء
في عدم ثبوت النسب وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطي المقر من
نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه
المعروف فيه أعطي المقر نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده ولو أقر بأخت تأخذ ثلث
ما في يده وعندهما تأخذ خمسه ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين
اخماسا وعندهما ارباعا ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بجدة هي أم
الميت أخذت سدس ما في يده (وان ترك) الميت (ابنين وله) أي للميت (على) شخص (آخر مائة
درهم (فأقر أحدهما) أي أحد الابنين (بقبض أبيه خمسين) درهما (منها) أي من المائة
(فلا شيء للمقر وللآخر) أي وللابن الآخر (خمسون) لانه أقر بالدين على الميت وكذبه
أخوه فينفذ في حقه خاصة ففي زعمه على الميت خمسون والدين مقدم على الميراث فاستغرق
نصيبه وليس له أن يشارك أخاه في الخمسين وان تصادقا على أنه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على
أخيه لرجع أخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على
الخمسين مما أخذه من أخيه المكذب لان الوارث لا يأخذ شيأ الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى
الدور وعلى مذهب ابن أبي ليلى أن المقر يحصل له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل
شائعا فاقراره في حقه مقبول فيصح وفي حق أخيه غير مقبول فلا يصح والله أعلم

* هذا (كتاب) في بيان أحكام (الصلح) *

هو اسم بمعنى المصالحة وهي المسالمة خلاف المخاصمة وأصله من الصلاح ضد الفساد وفي الشرع
(هو) أي الصلح (عقد يرفع النزاع) من بين المدعي والمدعى عليه ويقطع الخصومة (وهو) أي
الصلح (جائز باقرار وسكوت وانكار) لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز بين
المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا أخرجه أبو داود وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
مع الانكار والسكوت لانه صلح أحل حراما لانه أخذ المال بغير حق في زعم المدعى
عليه فكان رشوة ولنا ما قلنا ومعنى قوله أحل حراما أو حرم حلالا أي لعينه كما اذا صالح على ترك
وطء الضرة أو على أن لا يتصرف في بدل الصلح أو ان يجعل عوض الصلح خمرا أو خنزيرا (فان
وقع) الصلح (عن مال بمال) حال كونه (باقرار) من المدعى عليه (اعتبر) هذا الصلح (بيعا)
لوقوع المبادلة بالمالين في حق المتصالحين بتراضيهما ثم أشار الى فائدته بالفاء بقوله (فيثبت فيه)
أي في هذا الصلح (الشفعة) في العقار بأن كانت الدعوى في دار في يد رجل قد أقر له بها فصالح
المدعي على مال معين دفعه اليه فهذا في المعنى بيع وللجار ان يطلب الشفعة فيه (و) يثبت (الرد)
أي جواز الرد (بالعيب) بان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعي فيه عيبا له أن يرده لانه
اعتبر بيعا (و) يثبت (خيار الرؤية) بان لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه له
الخيار فيه كما في شراء ما لم يره (و) يثبت خيار (الشرط) بأن تصالحا على شيء وشرط أحدهما الخيار
لنفسه لانه من أحكام البيع (ويفسده) أي الصلح (جهالة البدل) أي الذي وقع عليه الصلح
لانه بيع فصار كجهالة الثمن (لا) يفسده (جهالة المصالح عنه) لانه لا يحتاج فيه الى تسليمه فلا
تضر الجهالة بخلاف بدل الصلح فانه يحتاج فيه الى تسليمه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالى

(وان استحق بعض المصالح عنه) فى الصلح عن اقرار (أو) استحق (كله رجع المدعى عليه) وهو المصالح عن اقرار (بحصة ذلك) أى الاستحقاق (من العوض) وهو بدل الصلح الذى دفعه الى المدعى صورته أدعى زيد دارا فى يد عمرو فأقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما (أو) رجع المدعى عليه (بكله) أى بكل العوض اذا استحق كل المصالح عنه مثلا اذا استحقت الدار كلها فى الصورة المذكورة يرجع عمرو على زيد بمائة درهم وهو كل العوض (ولو استحق كل المصالح عليه) وهو بدل الصلح (أو) استحق (بعضه) أى بعض المصالح عليه (رجع) المدعى على المدعى عليه (بكل المصالح عنه) لانه مبادلة (أو) رجع (ببعضه) أى ببعض المصالح عنه لانه حكم المعاوضة (وان وقع) الصلح عن اقرار (عن مال بمنفعة اعتبر) هذا الصلح (اجارة) صورته أدعى على رجل شيأ فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة أو على ركوب دابة مدة معلومة أو على لبس ثوبه أو خدمة عبده أو زراعة أرضه مدة معلومة فهذا الصلح جائز فيكون فى معنى الاجارة فتجرى فيه أحكام الاجارة أشار اليها بالفاء بقوله (فيشترط التوقيت) لكن هذا فى الاجير الخاص بأن ادعى شيأ فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى سنة وفيما عدا ذلك لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب أو ركوب الدابة الى موضع أو حمل الطعام اليه (ويبطل) الصلح المذكور (بموت أحدهما) أى أحد المتصالحين لانهما كالمؤجر والمستأجر فيرجع بالمدعى وكذا يبطل بفوات محل المنفعة قبل الاستيفاء ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل فيما بقى ويرجع بالمدعى بقدره وهذا كله قول محمد وهو القياس لانه اجارة وهى تبطل بذلك وقال أبو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعى يستوفى المنافع على حاله وان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل فى ركوب الدابة ولبس الثوب وفيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدعى عليه يبقى وان مات المدعى يبطل لتعذر اقامة الوارث مقامه فيه وان قتل العبد يبطل الصلح عند محمد مطلقا كالاجارة وعند أبى يوسف ينظر فان قتله المدعى أو الاجنبى يضمن قيمته ويشترى بقيمته عبدا فيخدمه ولكن يثبت له الخيار وان قتله المدعى عليه يبطل بالاجماع كما اذا مات حتف أنفه أو أعتقه المولى (والصلح) اذا وقع (عن انكار أو سكوت فداء لليمين فى حق المنكر) لان فى زعمه لا حق عليه وان المدعى مبطل فى دعواه وانما دفع المال اليه لئلا يحلف ولتنقطع الخصومة (ومعاوضة فى حق المدعى) لان فى زعمه انه يأخذه عوضا عن ماله وانه محق فى دعواه ويجوز أن يكون لشئ واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل فى المتناكحين والحرمة فى أصولهما وفروعهما فيؤاخذ كل واحد منهما بما زعم ثم أشار الى ما يترتب على هذا الصلح بالفاء بقوله (فلا شفعة) بواجبة (ان صالحا) أى المدعى والمدعى عليه (عن دارهما) أى بالانكار والسكوت صورته ادعى على رجل دارا فانكر أو سكت ثم صالح عنها بدفع شئ آخر لا يجب فى داره الشفعة لانه يدعى أنها داره وانه يستبقيها على ما كانت عليه وان الذى دفعه الى المدعى ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة (وتجب الشفعة (لو صالحا) أى المدعى والمدعى عليه (على دارهما) أى بالانكار والسكوت

صورته ادعى على رجل شيأ فصالحه على دار فدفعها اليه وجبت فيها الشفعة لان المدعى يدعى
انه يأخذها عوضا عما ادعى فكان معاوضة على زعمه فيجب فيها الشفعة حتى لو ادعى دارا
فانكر فصالحه عنها على دار أخرى وجبت الشفعة فى الدار التى صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا
وانكار الآخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها (ولو استحق المتنازع فيه) بأن ادعى رجل
على شخص شيأ فانكر ثم صالحه على شئ ثم استحق المدعى وهو المتنازع فيه (رجع المدعى
بالخصومة) مع المستحق (ورد البدل) أى العوض الذى أخذه الى المدعى عليه توضيحه زيد
ادعى دارا فى يد عمرو فأنكر عمرو أو سكت ثم صالح على مائة فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد
عمرو ثم استحق كل الدار فان زيدا يرد المائة الى عمرو ويرجع بالخصومة فى الدار الى المستحق لانه
قام مقام المدعى عليه حين أخذ المدعى منه فيكون له أن يخاصمه (ولو) استحق (بعضه) أى
بعض المتنازع فيه (فبقدره) أى فيرد المدعى الى المدعى عليه بقدر ما استحق صورته استحق
نصف الدار مستحقا فى المسئلة المذكورة يرد زيد خمسين الى عمرو ويرجع الى المستحق بالخصومة
فى النصف الباقى (ولو استحق المصالح عليه) أى الذى وقع عليه الصلح اما كله (أو) استحق
(بعضه رجع) المدعى (الى الدعوى فى كله) ان استحق كل العوض (أو) رجع الى الدعوى فى
(بعضه) ان استحق البعض لان المدعى ما ترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل
وهو الدعوى بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بأن قال أحدهما بعتك هذا الشئ بهذا وقال
الآخر اشتريت حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى
لان اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بان المدعى ملك المدعى فلا يعتبر انكاره بخلاف
الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على انه أقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة (وهلاك بدل
الصلح) وهو العوض (قبل التسليم كاستحقاقه) أى كاستحقاق بدل الصلح فاذا كان كاستحقاقه
يبطل به الصلح لان هلاك البدل فى البيع يبطل البيع فكذا هذا فلو هلك بعضه يكون
كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح فى قدره ويبقى فى الباقى كما فى الاستحقاق هذا اذا كان البدل
مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه (فى الفصلين)
أى فى فصل الاقرار وفصل الانكار والسكوت

* هذا (فصل) فى أقسام الصلح * (الصلح جائز من دعوى المال) لانه فى معنى البيع فى حقهما ان
وقع بمال عن اقرار وفى حق المدعى وحده ان وقع عن انكار أو سكوت وفى حق الآخر
لافتداء اليمين وقطع الخصومة أو فى معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع وكل ذلك جائز على ما مر (و)
الصلح جائز أيضا عن دعوى (المنفعة) ويكون بمعنى الاجارة ان وقع عنه بمال أو بمنافع لان المنافع
يجوز أخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على
المنفعة اذا كانا مختلفى الجنس بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد أو زراعة الارض أو لبس
الثياب أما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة
فلا يجوز (و) الصلح جائز أيضا عن (الجناية) على النفس وما دونها عمدا كان أو خطأ وسواء
كان عن اقرار أو انكار أو سكوت أما العمد فى النفس فلقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ
الآية قال ابن عباس والضحاك والحسن رضى الله عنهم نزلت الآية فى الصلح عن دم العمد وأما

الخطأ في النفس فلان موجبه المال والصلح عن دعواه جائز الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية
اذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على أكثر من الدين من جنسه في
دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل
وان كان أقل من عشرة دراهم لانه لا موجب له في المال ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز
كيفما كان لعدم الربا الا أنه يشترط القبض في المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا في
الذمة كيلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية فصالح على جنس
آخر منها بالزيادة جاز (بخلاف) ما اذا صالح عن الدعوى في (الحد) بأن روفع الزاني أو شارب الخمر
أو القاذف فصالح هو المدافع حتى يترك لا يجوز الصلح فله أن يرجع بما دفع لان الحدود حق الله
تعالى لا حق المرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز كما لو كان لرجل ظلة أو كنيف على
طريق العامة فخاصمه رجل على بعضه فصالحه على شئ كان الصلح باطلا لان الحق في الطريق
النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح أحدا على الانفراد بخلاف الامام اذا صالح عنه على
مال حيث يجوز لان له ولاية عامة وله أن يتصرف في مصالحهم ولهذا لو باع شيأ من بيت المال
جاز بيعه وبخلاف ما اذا كان في طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز في
حقه (ومن النكاح) عطف على قوله من دعوى المال أي والصلح جائز أيضا من دعوى النكاح
هذا اذا كان الرجل هو المدعي والمرأة تنكر لانه أمكن اعتبار الصحة فيه بأن يجعل في حقه في
معنى الخلع وان كانت هي المدعية والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ المختصر للقدوري أنه
لا يجوز وذكر في بعضها أنه يجوز لانه يجعل كأنه زادها على مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون
الزيادة فسقط المهر غير الزيادة (و) الصلح جائز أيضا في دعوى (الرق وكان) الصلح في حق المدعي
(عتقا على المال) وفي حق الآخر لدفع الخصومة لانه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار فجاز الا أنه
لا ولاء له عليه لانه ينكر العتق ويدعي أنه حر الاصل الا أن يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل
بينته في حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لانه جعل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا
(وان قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه) أي صلح المأذون (عن نفسه) لانه لا يجوز له
أن يتصرف الا فيما هو من باب التجارة وتصرفه في نفسه ليس من التجارة فلا ينفذ في حق المولى
اذا كان بعوض ويصح بينه وبين ولي المقتول حتى لا يجوز له قتله بعد العفو ولانه مكاتف فيصح
تصرفه في حق نفسه ولا يجب عليه البدل للحال ويتأخر الى ما بعد العتق بخلاف المكاتب
حيث يجوز أن يصالح عن نفسه لانه كالحر بخروجه عن يد المولى (وان قتل عبد له) أي للعبد
المأذون له (رجلا عمدا فصالحه) المأذون له (عنه) أي عن عبده الذي قتل (جاز) الصلح لان
تصرفه في عبده من باب التجارة لان استخلاصه كشرائه (ولو صالح) الغاصب (عن المغصوب
المتلف) بأن غصب عبدا مثلا فهلك عنده ثم صالح مولاه (بما زاد على قيمته) أي قيمة المغصوب
بأن كان العبد يساوي خمسين فصالحه على مائة (أو) صالحه بأكثر من قيمته (على عرض صح)
الصلح عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز على أكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله لان الواجب هو
القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا وله أن حقه في الهالك باق وانما ينتقل الى القيمة
بالقضاء فاذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا وأما الصلح بأكثر من قيمته على

العرض

العرض فهو جائز بالاجماع لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس (ولو أعتق موسر عبدا مشتركا) بينه وبين آخر (فصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته) أى قيمة العبد (لا) يصح الصلح بالاتفاق أما عندهما فظاهر والفرق لابى حنيفة أن القيمة فى العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عرض جاز كيفما كان لما بينا أنه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح) الوكيل (لم يلزم الوكيل ما صالح عليه مالم يضمنه) الوكيل (بل يلزم الموكل) كالوكيل فى النكاح غير أنه اذا ضمن هنا وأدى عنه رجع على الموكل وفى النكاح لا يرجع هذا اذا صالح عنه عن انكار أو سكوت أو اقرار فى دم عمد او فيما لا يحمل على المعاوضة بان كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لان الوكيل أصيل فى المعاوضة المالية فترجع الحقوق اليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل (وان صالح) رجل (عنه) أى عن رجل آخر (بلا أمر) منه (صح) الصلح (ان ضمن) المصالح (المال) لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء فصلح أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين (أو أضاف) المصالح الصلح (الى ماله) أى الى مال نفسه بأن قال صالحتك على ألفى هذه أو على عبدى هذا جاز أيضا لان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه (أو قال) المصالح صالحتك (على ألف) ولم يضمنه ولم يضفه الى نفسه (وسلم) الالف الى المدعى جاز أيضا لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (والا) أى وان لم يسلم الالف الى المدعى بل قال صالحتك على ألف ولم يضمن ولم يضفه الى نفسه (يوقف) العقد (فان أجازه المدعى عليه جاز) ولزمه الالف (والا) أى وان لم يجزه (بطل) الصلح لان الاصل فى العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا أن الفضولى يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقى عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الصلح فى الدين) *

وهو الذى يثبت فى الذمة (الصلح عما استحق بعقد المداينة) مثل البيع نسيئة ومثل الاقراض (أخذ لبعض حقه واسقاط للباقى) صورته رجل له على آخر ألف درهم فصالحه عنها على خمسمائة جاز ويجعل مستوفيا النصف حقه ومبرئا له عن النصف الآخر (لا معاوضة) لانه يكون ربا وتصحيح تصرف المسلم واجب ما أمكن وقد أمكن بما ذكرناه قال الشارح قوله عما استحق هكذا سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه واسقاطا للباقى وانما يكون كذلك ان لو وقع الصلح عن بعض الدين على بعض الدين والصواب أن يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة كما وقع فى القدورى قلت والذى ذكره صواب وليس بسهو لان تقدير الكلام الصلح على شئ كائن عما استحق بعقد المداينة ولا وجه لنسبته الى السهو عند صحة التأويل ولا سيما هو طالب الاختصار جدا ثم أشار الى توضيح هذا الكلام والتفريع عليه بالفاء بقوله (فلو صالح) المديون دائنه (عن ألف) فى ذمته (على نصفه) وهو خمسمائة (او) صالح

عن ألف حالة (على ألف مؤجل جاز) الصلح فى الوجهين أما فى الاول فلانه يجعل مستوفيا النصف حقه ومسقطا للنصف كما ذكرنا وأما فى الثانى فكأنه أجل نفس الحق ولا يحمل هذا على المعاوضة تحرزا عن الربا لان بيع النقد بمثلها نسيئة لا يجوز الا فى قول للشافعى رحمه الله تعالى يجوز (ولو) صالح عن ألف درهم (عن دنانير مؤجلة او) صالح (على الف مؤجل) على خمسمائة حالة (او) صالح عن ألف (سود) على خمسمائة بيض وهو معنى قوله (على نصف حال) وهو يرجع الى قوله عن ألف مؤجل أى على خمسمائة حالة كما ذكرنا وقوله (وبيض) يرجع الى قوله أو سود والتقدير وعلى نصف بيض وهو بكسر الباء جمع بيضاء كعيس جمع عيساء (لا) يجوز الصلح فى الوجوه الثلاثة لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير ومن له دين مؤجل لا يستحق الحال ومن له دراهم سود لا يستحق البيض لانها أجود فيكون أخذها بطريق المعاوضة لا بطريق الاستيفاء وشرط صحة المعاوضة فى الجنس المتحد القدر المساواة ولم توجد فلهذا بطل الصلح حتى لو صالحه على ألف حالة عن الالف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه فى المجلس لوجود المساواة فى القدر وهو المعتبر فى الصرف دون المساواة فى الصفة ولو كان عليه ألف فصالحه على طعام موصوف فى الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالة أو مؤجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتأجيلا للمائة التى بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فسادا (ومن له على آخر الف) درهم (فقال) أى صاحب الالف لمن عليه الالف (أد غدا نصفه) أى نصف الالف وهو خمسمائة (على انك برىء من الفضل) وهو الخمسمائة الباقية (ففعل) من عليه الالف ذلك بأن أدى اليه فى الغد خمسمائة (برئ) عن الفضل بالاتفاق لان الابراء يحتمل التقييد بالشرط وان لم يحتمل التعليق به وكلمة على جعلت شرطا تصحيحا للتصرف وان كانت تستعمل للمعاوضة (والا) أى وان لم يؤد غدا النصف وهو خمسمائة (لا) يبرأ عندهما وقال أبو يوسف يبرأ وان لم يؤد ولا تعود اليه الخمسمائة الساقطة أبدا لان اشتراط الاداء ضائع لان النقد واجب عليه فى كل زمان يطالبه هو فيه اذ المال حال عليه فبطل التعليق فصار ابراء مطلقا ولهما انه علق الابراء بشرط ولم يوجد وعند بعض الشافعية والحنابلة لم يصح هذا الصلح وهذه المسئلة على خمس وجوه الاول ماذكرنا والثانى أن يصرح بالتقييد بأن يقول صالحتك عن الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وأنت برىء من الزيادة على انك ان لم تدفعها الى غدا فلا تبرأ من الباقى فيكون الامر كما قال والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطينى خمسمائة غدا فحكمه أنه يبرأ مطلقا أدى خمسمائة فى الغد أو لم يؤد والرابع أن يقول أد الى خمسمائة على انك برئ من باقيه ولم يؤقت للاداء وقتا فحكمه انه يبرأ مطلقا لانه ابراء مطلق والخامس اذا قال ان أديت الى خمسمائة أو اذا أديت أو متى أديت فحكمه انه لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك (ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره) أى مالك (عنى) يعنى تؤجله (أو تحط) يعنى بعضه (ففعل) الدائن ذلك أما ان أخره أو حط عنه بعضه (صح) هذا الفعل (عليه) أى على الدائن يعنى ان أخره يتأخر وان حط عنه بعضه ينحط لان المديون ليس بمنكر فصار نظير الصلح مع الانكار وعند

الثلاثة

الثلاثة لايصح

هذا (فصل) في بيان التخارج وغيره (دين) مشترك (بينهما) أي بين اثنين شريكين والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع وقيمة العين المشتركة المستهلكة وبدل القرض من المال المشترك بينهما والموروث بين اثنين (صالح أحدهما) المديون (عن نصيبه) من الدين (على ثوب فلشريكه) الخيار ان شاء (ان يتبع المديون بنصفه) أي بنصف الدين لبقاء حصته في ذمته (أو يأخذ نصف الثوب من شريكه) لان له حق المشاركة لانه عوض عن دينه (الا أن يضمن) أي المصالح (ربع الدين) لان حقه في الدين لا في الثوب ولا فرق فيه بين الصلح عن اقرار أو عن سكوت أو عن انكار ثم ههنا قيدان الاول أن يكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين والثاني أن يكون المصالح عليه ثوبا والمراد خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين (ولو قبض) أحد الشريكين (نصيبه) من الدين (شركه) الآخر (فيه) أي في الذي قبضه (ورجعا) أي الشريكان (بالباقي) من الدين (على الغريم) وهو المديون لان قسمة الدين لا تتصور والمقبوض بدل عنه فله أن يشاركه فيه ان شاء لانه عين حقه من وجه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه في الحقيقة وانما كان له أن يشاركه في فصل الثوب في فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر وههنا انتفى الضرر فيرجع بربع الدين ثم يرجعان على الغريم لاستوائهما في الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي له فاذا لم يسلم له رجع عليه كما في الحوالة (ولو اشترى) أحد الشريكين من الذي عليه الدين (بنصيبه) من الدين (شيأ ضمنه) شريكه الآخر (ربع الدين) ان شاء لانه صار قابضا حقه بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الثوب يتضرر به فيتخير القابض ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده وللشريك ان يتبع الغريم وان اتفقا على الشركة في الثوب جاز (وبطل صلح أحد ربى سلم) أي أحد الشريكين في سلم (من نصيبه على ما دفع) من رأس المال عندهما لانه يستلزم جواز قسمة الدين في الذمة وانه لا يجوز وقال أبو يوسف يجوز لانه دين مشترك فاذا صالح أحدهما على حصته جاز كسائر الديون وقيد بقوله على ما دفع لانه لو كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه (وان أخرجت الورثة أحدهم عن عرض) هي التركة (أو) أخرجوه عن (عقار) هي التركة (بمال) اعطوه له (أو) أخرجوه (عن ذهب) هو التركة (بفضة) دفعوها اليه (أو) الحكم (بالعكس) بأن كانت التركة فضة فأخرجوا أحدهم بذهب دفعوه اليه (صح) هذا الصلح في الوجوه كلها (قل) ما أعطوه له (أو كثر) لانه بيع معنى ولكن في الوجه الثاني والثالث يعتبر التقابض في المجلس تحرزا عن الربا (و) لو أخرجوه (عن نقدين) وهما الذهب والفضة (وغيرهما) أي غير النقدين مثل العقار والعروض أراد أن التركة كانت مشتملة

على هذه الاجناس فاخرجوه (بأحد النقدين) يعنى دفعوا اليه اما فضة أو ذهبا (لا) يصح الصلح (مالم يكن المعطى) بفتح الطاء أى الذى اعطوه (أكثر من حظه) أى نصيبه (منه) أى من ذلك النقد الذى دفعوه اليه ليكون نصيبه مثله والزيادة فى مقابلة حقه من بقية التركة تحرزا عن الربا ولابد من التقابض فى المجلس فيما يقابل نصيبه من الذهب لانه صرف فى هذا القدر ولو كان ما أعطوه عرضا جاز مطلقا لعدم الربا (ولو) كان (فى التركة دين على الناس فأخرجوه) أى أخرجت الورثة أحدهم (ليكون الدين لهم بطل) هذا الصلح لان فى ذلك تمليك الدين الذى هو حصة المصالح من غيره وتمليكه من غير من عليه الدين لايجوز وسواء فى ذلك بين حصة الدين أولم يبين عند أبى حنيفة وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين اذا بين حصته وأصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة وباعهما فى صفقة واحدة و بين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل فى الكل عنده وعندهما صح فى العبد والذكية (وان شرطوا) أى الورثة (أن يبرأ الغرماء منه) أى من الدين الذى هو نصيب المصالح ولا يرجع عليهم بنصيبه (صح) الصلح لانه اسقاط أو تمليك للدين ممن عليه الدين (ولو) كان (على الميت دين محيط) أى مستغرق بالتركة (بطل الصلح والقسمة) لان الورثة لايملكون التركة فى هذه الحالة وان لم يكن مستغرقا بالدين لاينبغى لهم أن يقسموه أو يصالحوا عنه مالم يقبضوا دينه وان فعلوا ذلك جاز وذكر الكرخى فى القسمة انها لاتجوز استحسانا وتجوز قياسا

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (المضاربة)

هى مفاعلة من الضرب فى الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يعنى الذين يسافرون فى التجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير فى الارض غالبا لطلب الربح وأهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وقراضا من القرض لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله و يسلمه للعامل وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة للنص وفى الشرع (هى) أى المضاربة (شركة بمال من جانب) وهو جانب رب المال (وعمل من جانب) وهو جانب المضارب والمراد من الشركة الشركة فى الربح حتى لو شرطا فيها الربح لاحدهما لاتكون مضاربة على ما يأتى وقيل هو عقد على الشركة فى الربح بمال من أحدهما وعمل من الآخر وهو معنى ماذكره الشيخ (والمضارب أمين) فى المال لانه قبضه باذن مالكه لا على وجه البدل والوثيقة (وبالتصرف) أى وبتصرف المضارب فى المال (وكيل) لانه متصرف فى ملكه بأمره وهذا معنى الوكالة (وبالربح) فى المال (شريك) لرب المال لانه هو المقصود من عقد المضاربة (وبالفساد) أى بفساد المضاربة (أجير) لان الواجب فى المضاربة الفاسدة أجر المثل فيكون هو أجيرا كما فى الاجارة الفاسدة (وبالخلاف) أى وبمخالفة المضارب لما شرطه رب المال (غاصب) لانه اذا خالف فقد تعدى فصار غاصبا فيضمن (وباشتراط) المضارب أن يكون (كل الربح) له (مستقرض) لانه لايستحق الربح كله الا اذا صار المال ملكا له لان الربح فرع المال كالثمر للشجر فاذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملك جميع رأس المال فلا يكون هذا الا بطريق القرض (وباشتراطه) أى وباشتراط الربح أن يكون كله (لرب المال)

المضارب (مستبضع) أى طالب بضاعة وهى أن يعمل له متبرعا لانه لم يطلب لعمله بدلا فكان متبرعا فهذا معنى البضاعة فكانه نص عليها (وانما تصح) المضاربة (بما) أى بالذى (تصح به الشركة) وهى الدراهم والدنانير لاغير عندهما والفلوس النافقة عند محمد مثلهما وقد مر فى الشركة وقال ابن أبى ليلى تصح المضاربة فى المكيل والموزون لانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير رأس المال بمثل المقبوض وقال مالك تجوز بالعروض لانها متقومة فصار كالنقدين ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح مالم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدى اليه لانها أمانة فى يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد العقد فاذا باعها شاركه فى الربح فحصل ربح مالم يضمن اذ المضارب يستحق نصيبه من غير ان يدخل شئ فى ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشراء بها يجب الثمن فى ذمته لانها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن (ويكون الربح بينهما) أى بين رب المال والمضارب (مشاعا) معناه لا تصح المضاربة حتى يكون الربح مشاعا بينهما لان الشركة لا تتحقق الا به حتى لو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل المضاربة (فان شرط لاحدهما زيادة عشرة) دراهم قبل أن يكون الربح بينهما فسدت المضاربة لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فاذا فسدت (فله) أى فللمضارب (أجر مثله) لان استحقاقه الربح بالشرط فاذا لم تصح بقيت منافعه مستوفاة بحكم العقد فيجب أجر المثل وعندهما اذا لم يربح المضارب فى المضاربة الفاسدة شيأ فلا أجر له اعتبارا بالصحيحة مع انها فوقها وانما يكون أجر المثل اذا ربح وعند محمد له أجره (ولا يجاوز) أجر المثل (عن المشروط) أى عن الذى شرطه له هذا عند أبى يوسف وعند محمد له أجر المثل بالغا ما بلغ وبه قالت الثلاثة وقد مر مثل هذا غير مرة (وكل شرط يوجب جهالة الربح) كشرط رب المال على المضارب أن يدفع اليه أرضه ليزرعها سنة أو داره ليسكنها سنة (يفسدها) اى المضاربة لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض أجرة داره أو أرضه ولا يعلم حصة العمل حتى يجب حصته ويسقط ما أصاب منفعة الدار (والا) أى وان لم يوجب الشرط جهالة الربح كشرط ذلك على رب المال للمضارب (لا) يفسد العقد وبطل الشرط لانه لا يفضى الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه (كشرط الوضيعة) وهى الخسران (على المضارب) فانه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة فى الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسدا وتكون الوضيعة على رب المال لان ما فات جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب المال دون غيره والمضارب أمين فيه فلا يلزمه بالشرط (ويدفع) رب المال (المال الى المضارب) لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان ما يأخذه مقابل بعمله والمال محل العمل فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية بخلاف الشركة (ويبيع) المضارب (بنقد) أى حال (ونسيئة) أى الى أجل وعند الثلاثة لا يبيع بنسيئة الا باذنه (ويشترى) المضارب أيضا (ويوكل ويسافر) وعن أبى يوسف لا يسافر وبه قال الشافعى وعن أبى حنيفة ان دفع اليه المال فى بلده ليس له ان يسافر به وان دفع اليه فى غيره له أن يسافر به الى بلده (ويبضع) من الابضاع وهو ان يدفع الى غيره مالا يعمل فيه ويكون الربح للعامل لان هذا من صنيع التجار (ويودع) المضارب عند أحد من مال المضاربة لما قلنا (ولا يزوج) المضارب (عبدا) لانه ليس من التجارة (ولا)

يزوج (أمة) أيضا لما ذكرنا وعن أبي يوسف انه يزوجها لانه من باب الاكتساب (ولا يضارب) المضارب يعني لا يعطى المال مضاربة (الا باذن) من رب المال (أو باعمل) أى و بقوله اعمل (برأيك) لان الشئ لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه (ولم يتعد المضارب (عما عينه) رب المال (من بلد) بعينه بأن قال لا تعمل الا في مصر مثلا (و) من (سلعة) بعينها بان قال له لا تبع ولا تشترا الا في الحرير مثلا (ووقت) بأن وقت للمضارب وقتا بعينه (و) من (معامل) بعينه بأن قال لا تعامل الا مع زيد بن فلان مثلا فان خالف صار ضامنا ولو لم يشتر شيأ حتى رد المال الى البلد الذى عينه له برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم رجع الى الوفاق وعاد المال مضاربة حتى اذا اشترى في ذلك البلد كان للمضاربة وهذا بخلاف ما اذا قيده في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر الواحد قلما يتفاوت جوانبه وأسواقه لانه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهى بأن قال اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره فحينئذ يتقيد به لان المال له وولاية التصرف اليه بخلاف ما اذا قال له بع نسيئة ولا تبع حالا حيث كان له ان يبيعه حالا عند عدم اختلاف السعر بينهما لانه مخالفة الى خير يقين كمن وكل شخصا ببيع عبده بألف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بألفين فانه يجوز لما قلنا (كما) لا يجوز أن يتعدى الشريك (فى الشركة) عما عينه الشريك الآخر من البيع والشراء في بلدة بعينها أو في سلعة بعينها أو مع معامل بعينه (ولم يشتر) المضارب (من يعتق على المالك) أى على رب المال بقرابة كأبيه وابنه أو بسبب يمين لكونه مخالفا للمقصود بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له أن يشترى من يعتق على الموكل لان التوكيل مطلق فيجرى على اطلاقه وهنا مقيد بمال يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة أيضا ما يدل على التقييد بأن قال اشترلى عبدا أبيعه أو استخدمه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه ويضمنه لانه نقد الثمن من مال المضاربة وعند مالك لو كان عالما به صار ضامنا والا لا (أو) من يعتق (عليه) أى على المضارب يعني لا يشترى المضارب أيضا من يعتق عليه (ان ظهر ربح) في المال لانه يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف الذى مضى بيانه في العتق والمراد من ظهور الربح أن يكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان في جملة رأس المال ربح أولا لانه اذا كان قيمة العبد ألفين مثل رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا برأس المال حتى اذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شئ لان كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيأ حتى يزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه الى آخر (وضمن) المضارب (ان فعل) أى ان اشترى قريبه وقيمته أكثر من رأس المال لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن مال المضاربة (فان لم يظهر ربح) أى ان لم يكن في قيمة العبد المشترى زيادة على رأس المال (صح) شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على رأس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه أن يبيعه للمضاربة فيجوز (فان ظهر) الربح في المشترى بعد الشراء بأن كانت قيمته

وقت

وقت الشراء قدر رأس المال أو أقل ثم ازدادت قيمته حتى صارت أكثر من رأس المال (عتق
حظه) أى حظ المضارب أى نصيبه لانه ملك بعض قريبه فوجب أن يعتق بقدره (ولم يضمن
لرب المال) لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختياره
فصار كما اذا ورثه مع غيره (وسعى) العبد (المعتق فى قيمة نصيب رب المال) منه لانه احتبست
ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين وأحدهما أبوه (معه) أى مع المضارب (ألف
بالنصف فاشترى به) أى بالالف (أمة قيمتها ألف) فوطئها (فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه)
المضارب حال كونه (موسرا) يعنى فى حال يساره (فبلغت قيمته) أى قيمة الولد (ألفا وخمسمائة)
فان شاء رب المال استسعى العبد وهو معنى قوله (سعى لرب المال فى ألف وربعه) أى ربع الالف
وهو مائتان وخمسون (أو اعتقه) أى أو أعتق رب المال الولد ان شاء (فان قبض) رب المال
(الالف ضمن المدعى) أى المضارب (نصف قيمتها) أى نصف قيمة الجارية وانما كان كذلك لانّ
دعوى المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على أنه ولده من النكاح بأن يحمل أنّ البائع
زوّجها منه ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم
الملك وهو شرط فيه اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح
فيه لما عرف أنّ مال المضاربة اذا صارت أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال
لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر لانّ بعضها ليس بأولى من البعض فاذا كان كذلك لم يكن
للمضارب نصيب فى الامة ولو فى الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا
زادت قيمة الغلام وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح فيه فى ذلك الوقت فملك المضارب منه
نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا أعتق الولد
ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لانّ الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ
بعده بحدوثه وأما الدعوة فاخبار فاذا ردّ فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملك بعد ذلك
نفذت دعوته فيه وصار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة
رب المال من الولد لان العتق ثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما
وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه لانّ الحكم يضاف الى الوصف الاخير ولا صنع للمضارب
فى الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدى اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدى فكان رب
المال بالخيار ان شاء أعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعاه فاذا اختار الاستسعاء استسعاه
فى ألف ومائتين وخمسين لانّ الالف مستحق له برأس المال ومائتين وخمسين نصيبه من الربح
فاذا قبض منه ألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أنّ الام كلها ربح لفراغها عن رأس
المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أمّ ولد له ويجب نصف قيمتها
لرب المال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بالاعسار واليسار ولا يتوقف
على التعدى لذلك بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان الافساد فلا يجب عليه بغير تعد ولا
على معسر واشتراط اليسار هنا ليعلم انه لا يجب على أحد وانما شرط قبض رب المال الالف من
الغلام حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب لانها مشغولة برأس المال فاذا قبضه من الغلام فرغت
عن رأس المال فصارت كلها ربحا فيظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولد له لما ذكرنا ولو لم تزد قيمة

الولد على الف وزادت قيمة الام حتى صارت ألفا وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألف درهم ومائتين وخمسين درهما لانها لما ازدادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف ويجب عليه أيضا نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون درهما فاذا وصل الى يده ألف استوفى رأس ماله وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه ومالم يصل الى رب المال الالف فالولد رقيق ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح ولو ازدادت قيمتهما عتق الولد وصارت الجارية أم ولد له لان الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب ومابقي من نصيبه من الربح ويضمن أيضا نصف عقرها لانه لما استوفى رأس المال ظهر أنه ربح لان عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام في نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (المضارب)

(يضارب) مع آخر (فان ضارب المضارب بلا اذن) من رب المال (لم يضمن) المضارب (مالم يعمل) المضارب (الثاني) في المال في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لايضمن حتى يربح وقال زفر يضمن بالدفع تصرف أولم يتصرف وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الثلاثة أيضا لانه دفع ماله الى غيره بلا أمره فيضمن ولنا أنه كالايداع قبل العمل وهو يملك الايداع بنفسه وجه ظاهر الرواية أن مجرد الدفع ايداع في الحقيقة وانما يتقرر كونه مضمونا بالعمل فيه فكان الحال موقوفا قبل العمل والمذكور في القدوري ان الاول ضامن ولم يتعرض للثاني فقيل ينبغي أن لايضمن الثاني عند أبي حنيفة ويضمن عندهما بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل يتخير رب المال في تضمين أيهما شاء قال في الهداية وهو المشهور فاذا ضمن الثاني يرجع الثاني على الاول لانه مغرور من جهته وصحت المضاربة بينهما ويكون الربح بينهما على ماشرطاه في المضاربة ويطيب للثاني ماربح لانه يستحقه بالعمل ولاخبث في عمله ولايطيب للاول لانه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندا فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين وأما اذا كانت احداهما فاسدة أوكلاهما فلاضمان على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هي الفاسدة صار أجيرا وللاول أن يستأجر من يعمل في المال وان كانت هي الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال (فان دفع) المضارب الاول حال كونه (باذن) من رب المال في الدفع الى آخر مضاربة فدفعه الى آخر (بالثلث و) الحال انه قد (قيل له) أي للمضارب الاول يعني رب المال قد كان قال له (مارزق الله بيننا نصفان) ثم ان المضارب الثاني ربح في المال (فللمالك) أي رب المال (النصف) من الربح (وللاول) أي وللمضارب الاول (السدس) منه (وللثاني) أي وللمضارب الثاني (الثلث) منه لان الدفع الى الثاني صحيح لانه بأمر المالك وقد شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله تعالى وقد جعل الاول للثاني ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لايقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيأ فيبقى له السدس ويطيب ذلك لكلهم

لانّ رب المال يستحقه بالمال وهما بالعمل (ولو قيل له) أى للمضارب الاول يعنى لو قال له رب المال (مارزقك الله بيننا نصفان) بكاف الخطاب والمسئلة بحالها (فللثانى) أى فللمضارب الثانى (ثلثه) أى ثلث الربح (والباقى) من الربح (بين المالك و) المضارب (الاول نصفان) لان رب المال هنا شرط أن يكون مارزق الله المضارب الاول بينهما نصفين والمرزوق للاول هو الثلثان لانّ الثلث استحقه الثانى بشرط الاول وهو مأذون له فلم يكن من رزق الاول الا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضا (ولو قيل له) أى للمضارب الاول يعنى لو قال له رب المال (ماربحت بيننا نصفان ودفع) الاول للثانى (بالنصف فللثانى النصف) أى نصف الربح لانّ الاول شرط له ذلك وشرطه صحيح لانه باذن المالك (واستويا) أى رب المال والمضارب الاول (فيما بقى) وهو النصف لانّ رب المال لم يشترط لنفسه هنا الا نصف ماربحه الاول ولم يربح الاول الا النصف والنصف الآخر صار للثانى بشرطه فلم يكن من ربح الاول (ولو قيل له) أى للمضارب الاول يعنى لو قال له رب المال (مارزق الله فلى نصفه أو) قال رب المال (ما كان من فضل بيننا نصفان فدفع) المضارب الاول الى آخر (بالنصف فللمالك) أى رب المال (النصف) من الربح (وللثانى) أى وللمضارب الثانى (النصف) منه (ولا شئ للاول) أى للمضارب الاول لانّ قول رب المال مارزق الله أو ما كان من فضل ينصرف الى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاول للثانى نصف جميع الربح فيكون له النصف فلم يبق للاول شئ من الربح فيخرج بغير شئ (ولو شرط) المضارب الاول (للثانى ثلثيه) أى ثلثى الربح والمسئلة بحالها (ضمن) المضارب (الاول للثانى) أى للمضارب الثانى (سدسا) أى سدس الربح من ماله لانّ رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثانى ثلثى الربح بشرط الاول لانّ شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ فى حق رب المال اذ لا يقدر أن يغير ماشرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد لانه غرّه فى ضمن عقد المضاربة وهو أيضا سبب الرجوع (وان شرط) المضارب (للمالك) أى رب المال (ثلثه) أى ثلث الربح (و) شرط (لعبده) أى لعبد رب المال (ثلثه) أى ثلث الربح (على أن يعمل) العبد (معه) أى مع المضارب (و) شرط (لنفسه ثلثه صح) لانّ اشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فكانه اشترط للمولى ثلثى الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من أهل أن يضارب فى مال مولاه بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال لانّ بقاء يده يمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم ان لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أولا وان كان عليه دين فهو لغرمائه ان شرط عمله والا فهو للمولى وكذلك اذا شرط الثلث لعبد المضارب يصح سواء اشترط عليه العمل أولا ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين ان شرط عليه عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ماشرط لرب المال عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يملك المولى كسب عبده المديون فاشتراطه له يكون اشتراطا للمولى فيصح (وتبطل) المضاربة (بموت أحدهما) أى رب المال أو المضارب لانّ المضاربة وكالة وهى تبطل به ولا تورث (و) تبطل أيضا (بلحوق المالك) بدار الحرب حال كونه (مرتدا) لانه بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله وتعتق امهات أولاده ومدبروه وقبل لحوقه يوقف تصرف مضاربه

عند أبي حنيفة على النفاذ بالاسلام أو البطلان بالموت أو القتل ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم (وينعزل) المضارب (بعزله) اى بعزل رب المال اياه (ان علم) المضارب عزله لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله (وان علم) المضارب بعزله (و) الحال أنّ (المال عروض باعها) أى العروض ولا ينعزل من ذلك لانّ له حقا فى الربح ولا يظهر الا بالنقد فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك (ثم لا يتصرف) المضارب (فى ثمنها) أى فى ثمن العروض التى باعها الانّ البيع بعد العزل كان للضرورة فلم يبق بعد النقد ولو عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس رأس المال ليس له أن يبيعه بجنس رأس المال قياسا الانّ النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفى الاستحسان له أن يبيعه بجنس رأس المال لانّ الواجب عليه ردّ مثل راس المال وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله (ولو افترقا) أى رب المال والمضارب (و) الحال أنه (فى المال ديون وربح أجبر) المضارب (على اقتضاء الديون) لانه كالاجير والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله (والا) اى وان لم يكن فى المال ربح (لا يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض وهو متبرّع فلا جبر على المتبرّع (ويوكل) المضارب (المالك) أى رب المال (عليه) أى على الاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيل فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضى لا يجبر عليه ولكن يجبر على أن يحيل صاحب المال كيلا يضيع حقه (والسمسار) بكسر السين وهو المتوسط بين البائع والمشترى فارسية معربة ويجمع على سماسرة يبيع ويشترى للناس بأجر من غير أن يستأجروه (يجبر على التقاضى) لانه يبيع ويشترى للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه التقاضى والاستيفاء ولو استأجره باجرة معلومة على أن يشترى أو يبيع شيأ معلوما لا تجوز الاجارة لانه استؤجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه والحيلة فى جوازه أن يستأجره يوما للخدمة فيستعمله فى البيع والشراء الى آخر المدّة (وما) أى كل شئ (هلك من مال المضاربة فمن الربح) أى فيجعل منه لانه تابع ورأس المال أصل فيصرف الهالك الى التابع كما فى العفو فى الزكاة (فان زاد الهالك على الربح) مثلا كان رأس المال ألفا والربح مائة والهالك مائة وخمسين (لم يضمن المضارب) لانه أمين فلا يكون ضمينا (فان قسم الربح) بين المالك والمضارب (وبقيت المضاربة) بأن لم يفسخاها (ثم هلك المال) كله (أو) هلك (بعضه ترادّا) أى المالك والمضارب (الربح ليأخذ المالك رأس ماله) لانّ الربح تابع كما ذكرنا فلا يسلم بدون سلامة الاصل (وما فضل) من رأس المال بعد التراد (فهو بينهما) أى بين المالك والمضارب لانه ربح لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء ماله الا فى الربح (وان نقص) رأس المال بأن لم يكن الربح قدره (لم يضمن المضارب) لانه أمين فيه (وان قسم) الربح بينهما (وفسخت) المضاربة ثم عقداها أى المضاربة ثانيا (فهلك المال لم يترادّا الربح) الاوّل لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا آخر

*هذا (فصل) فيما يفعله المضارب (ولا تفسد المضاربة بدفع) المضارب (المال الى المالك)
أى الى رب المال (بضاعة) وقال زفر تفسد ولا يستحق المضارب من ربحه شيأ لانه ردّ ماله اليه
ولنا أنه يصلح أن يكون وكيلا للمضارب كالاجنبى فجاز تصرفه حقا له فلا يكون أخذه لا على
وجه الفسخ مبطلا لها كالرهن اذا استعاره الراهن لا يكون فسخا له (فان سافر) المضارب
للتجارة فى مال المضاربة (فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) فى الطريق (فى مال المضاربة)
لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضى والزوجة فاذا سافر صار محبوسا به فتجب
مؤنته الراتبة فيه (وان عمل) المضارب (فى المصر فنفقته فى ماله) أى فى مال نفسه لانه لم يحتبس
بمال المضاربة فلا تجب له النفقة فيه وذلك (كالدواء) فانه فى ماله مطلقا وعن أبى حنيفة
ان الدواء من مال المضاربة لانه لاصلاح بدنه وكذلك النورة والدهن فى قولهما وقال محمد
الدهن فى المال وروى الحسن انه اذا احتجم أو اطلى أو اختضب أو أكل فاكهة مثل
ما يصنع التجار فذلك من مال المضاربة والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره والفاصل انه
اذا كان فى مكان بحيث يمكنه أن يغدو ويروح الى منزله فهو كمصره وان لم يمكنه أن يبيت فى
منزله فمؤنته فى مال المضاربة ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه وأجرة من يخدمه وعلف دابته
التى يركبها وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة ولو رجع الى
بلده وفى يده شئ من النفقة ردّه الى مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقى شئ فى يده يردّه الى
المحجوج عنه أو الورثة (فان ربح) المضارب (أخذ المالك) قدر (ما أنفق) المضارب (من رأس
المال) حتى يتم به رأس المال فاذا استوفى رأس المال وفضل شئ اقتسماه لان رأس المال أصل
والربح تبع فلا يسلم لهما التبع حتى يسلم لرب المال الاصل (فان باع) المضارب (المتاع) بيعا
(مرابحة حسب ما أنفق عليه) أى على المتاع من أجرة الحمل والطراز وأجرة السمسار
والصباغ والقصار ونحو ذلك مما مرّ ذكره فى باب المرابحة ويقول قام علىّ بكذا (لا) يحسب
ما أنفق (على نفسه) فى سفره لعدم العرف بذلك (ولو قصره) أى ولو قصر المضارب الثوب الذى
اشتراه بمال المضاربة بمال من عنده (أو حمله) اى أو حمل المتاع الذى اشتراه بمال المضاربة (بماله)
أى بمال نفسه وهو يرجع الى الموضعين (و) الحال انه قد (قيل له) أى للمضارب أى قد قال له
رب المال (اعمل برأيك) واشترى بمال المضاربة كله متاعا ثم نقله أو قصر الثياب التى اشتراها فيه
(فهو) أى المضارب (متطوع) لان رأس المال لم يبق منه شئ فيكون تنفيذه على رب المال بعد
ذلك استدانة من غير اذنه وهو لا يجوز وكذا لو زاد على الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال
يكون متطوعا فى الزيادة (وان صبغه) أى وان صبغ المضارب الثوب الذى اشتراه بمال
المضاربة صبغا (أحمر) بمال من عنده (فهو شريك بما زاد الصبغ فيه) أى فى الثوب لان الصبغ
عين مال قائم وقد اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة (ولا يضمن) المضارب
بهذا الخلط لانه مأذون فيه لان قوله اعمل برأيك يتضمنه فلا يكون به متعديا بل يكون شريكا كما
اذا هبت الريح فى ثوب انسان فألقته فى صبغ غيره أو اختلط مال المودع بمال المودع بغير
صنعه بخلاف ما اذا لم يقل له اعمل برأيك لانه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب (معه) أى مع
المضارب (ألف) درهم (بالنصف فاشترى) المضارب (به) اى بالالف الذى معه (بزا وباعه) أى

البز (بألفين واشترى بهما) أى بالالفين (عبدا فضاعا) أى الالفان قبل النقد لبائع العبد (غرما) أى غرم المضارب والمالك (ألفا) لصاحب العبد (وغرم) له أيضا (المالك) أى رب المال وحده (ألفا) آخر لان المال لما صار ألفين ظهر الربح فى المال وهو ألف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بألفين عبدا صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة أرباعه لرب المال ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على رب المال وهو ألف وخمسمائة (و) بعد ذلك يكون (ربع العبد للمضارب) لما ذكرنا (وباقيه) أى وباقى العبد وهو ثلاثة الارباع يكون (على المضاربة) لان نصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها (ورأس المال) وهو جميع مادفع رب المال الى المضارب وهو (ألفان وخمسمائة) لانه دفع اليه أولا ألفا ثم ألفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مرابحة الا على ألفين لانه اشتراه بألفين وهو معنى قوله (ويرابح) المضارب فى بيع العبد (على ألفين) ولو باع العبد بعد ذلك بأربعة آلاف كان للمضارب ربعه وهو ألف والباقى للمضاربة وهو ثلاثة آلاف فألفان وخمسمائة منها رأس المال وخمسمائة ربح بينهما نصفان (وان اشترى) المضارب (من المالك بألف) درهم (عبدا اشتراه) المالك (بنصفه) أى بنصف الالف (رابح) المضارب يعنى له أن يبيعه مرابحة (بنصفه) أى بنصف الالف وهو خمسمائة ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على ألف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم (معه) أى مع المضارب (ألف) درهم (بالنصف فاشترى به) أى بالالف (عبدا قيمته ألفان فقتل) العبد (رجلا) قتلا (خطأ فثلاثة أرباع الفداء) أى الذى يدفع الى ولى المقتول (على المالك وربعه) أى ربع الفداء الباقى (على المضارب) لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدة قيمتها أكثر من رأس المال يظهر فيها الربح وهو ألف ههنا بينهما نصفان وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان فصار الفداء بينهما على هذا الوجه أرباعا فثلاثة أرباعه على رب المال والربع على المضارب (والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام و) يخدم (المضارب يوما) بحكم الاشتراك بينهما لانه بحكم الفداء كأنهما اشترياه (معه) أى مع المضارب (ألف) درهم (فاشترى به) اى بالالف (عبدا وهلك الثمن) وهو الالف (قبل النقد) أى قبل دفعه الى البائع (دفع المالك) الى البائع (ألفا آخر) ولا تلزم المضارب لان المال أمانة فى يده (ثم) اذا جهز المالك ألفا آخر ليدفعه الى البائع وهلكت قبل النقد يدفع اليه ألفا آخر (وثم) كذلك أبدا الى ما لا يتناهى (ورأس المال) فى المضاربة يكون (جميع مادفع) المالك من الالفين والثلاثة آلاف وأكثر بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة والفرق أن يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء بخلاف الوكيل فان قبضه بعد الشراء استيفاء فيصير مضمونا عليه (معه) أى مع المضارب (ألفان فقال) لرب المال (دفعت الى ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت) اليك (ألفين فالقول للمضارب) وقال زفر القول لرب المال وهو

قول

قول أبي حنيفة أولا لان المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكره فالقول قول المنكر ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قولهما لان حاصل اختلافهما في المقبوض فالقول قول القابض في مقدار المقبوض أمينا كان أو ضمينا (معه) أي مع المضارب (ألف درهم) (فقال هو) أي الالف (مضاربة بالنصف و) الحال انه (قد ربح ألفا وقال المالك) هو (بضاعة) أبضعته لك (فالقول للمالك) لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله أو الشركة في ماله أو شرطا من جهته ورب المال ينكر فالقول قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو كان بالعكس كان القول للمضارب وأيهما أقام البينة قبلت ولو أقاما كانت بينة رب المال أولى لانها أكثر اثباتا

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الوديعة)

هي فعيلة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه الصلاة والسلام لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أي عن تركهم اياها وكذلك الايداع من الودع وفي الشرع (الايداع تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة) اسم لما يترك مطلقا في اللغة وفي الشرع هي (ما يترك عند الامين) حتى اذا هلكت في يده لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المودع غير المغل ضمان رواه الدارقطني والمغل الخائن (وهي) أي الوديعة (أمانة) في يد المودع (فلا يضمن) المودع (بالهلاك) لما رويناه وهذا بالاجماع الا عند مالك لو سرقت ولم يسرق معها ماله (وللمودع أن يحفظها) أي الوديعة (بنفسه وبعياله) لانه التزم أن يحفظها بما يحفظ به ماله وذلك بالحرز واليد أما الحرز فداره ومنزله وحانوته سواء كانت ملكا أو اجارة أو عارية وأما اليد فيده نفسه وزوجته وزوجها وأمته وعبده وأجيره الخاص بالمشاهرة بشرط أن يكون طعامه وكسوته عليه دون الاجير بالمياومة وولده الكبير ان كان في عياله وعند الشافعي وأشهب المالكي يضمن بالدفع الى من في عياله وتعتبر المساكنة وحدها دون النفقة حتى ان المرأة لو دفعتها الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج في عيالها لان العبرة في هذا الباب للمساكنة دون النفقة وقيل تعتبر المساكنة مع النفقة (فان حفظها) أي الوديعة (بغيرهم) أي بغير من في عياله (ضمن) لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولكن روي عن محمد أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله أو دفع الى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن ذكره في النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشي وهو الى الحلواني ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال (الا أن يخاف) المودع (الحرق) بأن وقعت نار في داره فخاف هلاك الوديعة فسلمها الى جاره (أو) خاف (الغرق) كذلك (فسلمها) أي الوديعة (الى جاره أو) كان في فلك فخاف الغرق فيلقيها في (فلك آخر) لان هذا حفظ فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك الا ببينة (فان طلب ربها) أي صاحبها أي صاحب الوديعة (فحبسها) المودع عنه حال كونه (قادرا على تسليمها أو خلطها) أي الوديعة (بماله حتى لا تتميز ضمنها) لانه متعد وعلك المخلوط ولا سبيل للمودع فيه عند أبي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء لانه استهلاك من

وجه ثم قالوا الاباحة للخالط التناول قبل أداء الضمان ولو أبرأ المودع الخالط لا سبيل للمودع في المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله لان حقه في الدين لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط الخيار وتتعين الشركة في المخلوط قيد بقوله لا تتميز كالشيرج اذا اختلط بالزيت لانه اذا كان يتميز لا ينقطع حق المالك كاختلاط الذهب بالفضة ولو اختلط القمح بالشعير قيل من قبيل الاول وهو الصحيح وقيل لا ينقطع حق المالك لامكان التمييز في الجملة ولو خلط المائع بجنسه ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر وعند محمد شركه بكل حال ولو خلط الفضة بالفضة بعد الاذابة صار من المائعات فيكون على الخلاف المذكور (وان اختلط) المودوع بمال المودع (بغير فعله اشتركا) لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد فيشتركان ضرورة شركة املاك (ولو أنفق) المودع (بعضها) أي بعض الوديعة (فرد مثله) أي مثل ما أنفق (فخلطه بالباقي ضمن الكل) لانه ضمن البعض بالانفاق وصار ضامنا للبعض الآخر لكونه خلط ماله بها وعند الثلاثة يضمن ما أنفق فقط وعن مالك لا يضمن ما أنفق أيضا (وان تعدى فيها) أي في الوديعة بأن كانت دابة فركبها (ثم زال التعدي زال الضمان) خلافا للشافعي لانه صار غاصبا بالخلاف فصار كما لو جحد وبه قال مالك وأحمد ولنا ان الضمان وجب دفعا للضرر الواقع وقد ارتفع بالعود الى الوفاق فلا يضمن (بخلاف المستعير والمستأجر) للعين اذا تعدى في العين المستعارة والمستأجرة ثم أزال التعدي لا يبرأ عن الضمان لان البراءة منه انما تكون باعادة يد المالك حقيقة أو حكما ولم يوجد ذلك بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لانه عامل له في الحفظ (و) بخلاف (اقراره) أي اقرار المودع بالوديعة (بعد جحوده) أي انكاره اياها لان الجحود رفع للعقد فينفسخ به العقد ولا يعود الا بعقد جديد وقال أبو يوسف اذا جحدها عند غير صاحبها أو عنده حين سأله عن حالها من غير أن يطلب منه الرد او طلب منه الرد عند من يخاف عليها منه فجحدها لا يضمن لانه من باب الحفظ في هذه المواضع ولو سأله أجنبي أعندك وديعة فلان فقال لا لا يضمن عندنا خلافا لزفر (وله) أي للمودع (ان يسافر بها) أي بالوديعة (عند عدم النهي) من صاحب الوديعة (و) عند عدم (الخوف) عليها بالاخراج وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف له الخروج بها الى مسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بماله حمل ومؤنة لانه يلزمه مؤنة الرد لان القصيرة لا يخاف فيها عادة وقال محمد لا يخرج بماله حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ان يخرج بها مطلقا وبه قال مالك لانه عرض المال على الهلاك لان المفازة مهلكة ولابي حنيفة انه أمره بالحفظ مطلقا وقد أتى به وما ذكر من المؤنة من ضرورات حفظ ماله فلا يأباه ولو كان الطريق مخيفا ليس له ان يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له بد وسافر مع أهله لا يضمن ولو نهاه ان يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد لا يضمن واجمعوا على انه لو سافر بها في البحر يضمن قاله الاسبيجابي وقال قاضي خان في شرح الجامع الصغير واجمعوا على ان الاب أو الوصي اذا سافر بمال اليتيم لا يضمن والوكيل بالبيع اذا سافر بما وكل ببيعه قالوا ان قيده بمكان بأن قال له بعه بالكوفة فسافر به يضمن وان اطلق اطلاقا فسافر به لا يضمن اذا سرق أو ضاع فيما لا حمل له ويضمن فيما له حمل ومؤنة (ولو اودعا) أي ولو أودع رجلان (شيأ) عند رجل مما يكال أو يوزن فحضر أحدهما يطلب نصيبه

لم

لم يدفع اليه وهو معنى قوله (لم يدفع المودع) بفتح الدال (الى احدهما) أى الى أحد الاثنين (حظه) أى نصيبه (حتى يحضر الآخر) عند أبى حنيفة رحمه الله وهو مروى عن على رضى الله عنه وقالا له ذلك لانه طلب نصيبه كما لو حضرا وبه قالت الثلاثة وان كانت الوديعة من غير ذوات الامثال ليس له ذلك بالاجماع (وان أودع رجل عند رجلين مما يقسم) كالدراهم والدنانير (اقتسماه) المودعان (وحفظ كل) واحد منهما (نصفه ولو دفع) أخذهما ما فى يده (الى الآخر ضمن) عند أبى حنيفة ولا يضمن القابض لانه مودع المودع وقالا لا يضمنان لانه لما أودع عندهما مع علمه أنه لا يمكنهما الاجتماع على حفظها فى مكان واحد فقد رضى بالمهايأة والقسمة وله أنه ترك الحفظ بالوضع فى يد صاحبه وما ذكر من الرضا قلنا المصرح به حفظهما وأما المهايأة والقسمة فضرورة وهى تندفع بالقسمة فيما يقسم والمهايأة فيما لا يقسم فلا يجوز الوضع (بخلاف ما لا يقسم) فانه لا يضمن بالدفع الى الآخر لان المالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل (ولو قال) المودع (له) أى للمودع (لا تدفع) الوديعة (الى عيالك أو) قال له (احفظ) الوديعة (فى هذا البيت) وأشار الى بيت (فدفعها) المودع (الى من لا بد) أى لا فراق (له منه أو حفظ) الوديعة (فى بيت آخر من الدار) التى تشتمل على البيت الذى عينه وعلى غيره (لم يضمن) لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط فلم يكن مفيدا فيلغو هذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ فى يد من منعه المودع من الدفع اليه مثل أن يكون فرسا فيمنعه من التسليم الى غلامه أو يكون عقد جوهر فيمنعه من التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار متساوية أما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ فى يد من نهاه من الدفع اليه كما اذا كانت فرسا فنهاه عن الدفع الى امرأته أو كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الى غلامه أو كانت بيوت الدار مختلفة بأن كان فى بعضها عور يضمن بالمخالفة لان التقييد فى مثله مفيد (وان كان له) أى للمودع (منه) أى من دفعها الى من نهاه عن دفعها اليه (بد) أى فراق بأن نهاه أن يدفعها الى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها الى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه (أو) قال له احفظ فى هذا البيت أو فى هذه الدار و(حفظها فى دار أخرى ضمن) لان الناس يختلفون فى الامانة والكياسة ومعرفة طرق الصيانة (ومودع الغاصب ضامن) لانه قبض بغير اذن المالك وان لم يعلم أن المودع غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع واليه أشار شمس الائمة (لا) يضمن (مودع المودع) بفتح الدال فيهما عند أبى حنيفة وقالا يضمن فيكون لصاحبها الخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى فان ضمن الاول لا يرجع به على أحد وان ضمن الثانى رجع به على الاول لكونه عاملا له لان الاول خائن بالتسليم الى الثانى بغير اذن المالك والثانى متعد بقبضه بغير اذنه وله أن الاول ليس بمتعد بمجرد الدفع ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو أمين فيه فلا يضمن ما لم يوجد منه تعد وقال ابن أبى ليلى لا يضمن المودع بالايداع ولا مودع المودع بالقبض بناء على أن له أن يودع عنده (معه) أى مع رجل (ألف) درهم (ادعى رجلان كل) واحد منهما ادعى

(أنه) أي ان الالف (له اودعه) أي الالف (اياه) أي الرجل (فنكل) الرجل عن الحلف (لهما)
أي للرجلين بعد ان استحلفاه (فالالف) الذى مع الرجل تكون (لهما) أي للرجلين (وعليه) أي
على الرجل الذى معه ألف (ألف آخر) تكون (بينهما) أي بين الرجلين لان دعواهما صحيحة
فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شئ لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل
للآخر قضى به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة في حقه دون الآخر وان نكل لهما قضى به
بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه ألف آخر لاقراره به

* هذا (كتاب) في بيان أحكام (العارية) *

وهي مشتقة من التعاور وهو التداول يقال تعاورنا الكلام بيننا أي تداولناه وفي الشرع
(هي) أي العارية (تمليك المنفعة بلا عوض) وهو اختيار أبي بكر الرازي وقال الكرخي
والشافعي هي اباحة المنافع حتى لا يملك المستعير اجارة ما استعاره ولو ملك المنافع لملك اجارتها
والاول اصح لان المستعير له أن يعير ولو كانت اباحة لما ملك ذلك وانما لم تجز الاجارة لانها
أقوى وألزم من الاعارة والشئ لا يستتبع مثله فبالاحرى أن لا يستتبع الاقوى (وتصح) العارية
(باعرتك) أي بقول المعير أعرتك لانه صريح فيه (و) بقوله (أطعمتك أرضى) لان الاطعام اذا
أضيف الى ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستعمل منه مجازا لانه محله (و) بقوله (منحتك ثوبي) اذا لم
يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع وأصله ان
يعطي الرجل ناقة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من أعطى
شيأ منح (و) بقوله (حملتك على دابتي) اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ يستعمل فيهما فاذا نوى
أحدهما صحت نيته وان لم تكن له نية حمل على الادنى (و) بقوله (أخدمتك عبدي) لانه يراد به
العارية لانه اذن له في الاستخدام (و) بقوله (داري لك سكنى) لان قوله داري لك يحتمل أن
تكون رقبتها له وأن تكون منفعتها وقوله سكنى تفسير للثاني فتصير عارية (و) بقوله (داري لك
عمري سكنى) كذلك ومعناه داري لك سكنى عمري (ويرجع المعير) عن العارية (متى شاء) لقوله
عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة (ولو هلكت) العارية (بلا تعد) من المستعير
(لا يضمن) وقال الشافعي يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه
فكان سببا للضمان وبه قال أحمد وعن أحمد لو شرط الضمان يضمن والا لا وقال مالك ما يخفى
هلاكه كالثياب والاثمان يضمن والا لا ولنا ان الضمان انما يجب باخراج العين من أن يكون
منتفعا بها في حق المالك باثبات اليد المانعة ولا يوجد هذا الا عند التعدي فان قلت روى
الترمذي أنه عليه الصلاة والسلام قال العارية أمانة مؤداة مضمونة وروى البخاري وأبو داود
أنه عليه الصلاة والسلام استعار أدرعا من صفوان بن أمية يوم خيبر فقال صفوان أغصبا
يا محمد فقال بل عارية مضمونة قلت الحديث الاول محمول على ضمان الرد والخلاف في ضمان
الردين بالقيمة وكذا الحديث الثاني وقيل كان الاخذ في حديث صفوان بغير اذنه لحاجة المسلمين
ولهذا قال أغصبا يا محمد وعند حاجة الناس يرخص تناول مال الغير بغير اذنه بشرط الضمان
كحالة المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا شرط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية قلت

قال

قال فى خلاصة الفتاوى ناقلا عن المنتقى رجل قال لآخر أعرنى ثوبك فان ضاع فأنا له ضامن قال لا يضمن وفى التحفة اذا شرط الضمان فى العارية هل يصح فالمشايخ مختلفون فيه (ولا تؤجر) العارية لان الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر (ولا ترهن) العارية أيضا لان الرهن ايفاء وليس له أن يوفى دينه بمال غيره بغير اذنه (كالوديعة) أى كما لا تؤجر الوديعة ولا ترهن لانها أمانة فلا يجوز التصرف فيها (فان أجر) المستعير المستعار (فعطب) أى فهلك (ضمن) المستعير لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض ماله بغير اذنه فان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ملكه بالضمان وتبين انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المستعير المؤجر اذا لم يعلم أنه كان عارية فى يده وان علم فلا كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب (ويعير) المستعير (ما لا يختلف بالمستعمل) أى باختلاف المستعمل خلافا للشافعى وأحمد وقد مر الاصل فيه هذا اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشئ تتقيد به على ما يجئ الآن (فلو قيدها) أى فلو قيد المعير العارية (بوقت) معين بشهر أو جمعة مثلا (أو منفعة) أى أو قيدها بمنفعة بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه أو فلان معينا (أو) قيدها (بهما) أى بالوقت والمنفعة (لا يجاوز) المستعير (عما سماه) المعير من الوقت أو المنفعة أو منهما لانه تصرف فى ملك الغير فلا يجوز الا على الوجه الذى أذن فيه من تقييد أو اطلاق (وان أطلق) المعير العارية بأن لم يقيدها بوقت أو منفعة (له) أى للمستعير (أن ينتفع) بالعارية (أى نوع) كان (فى أى وقت شاء) كمن استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس ولم يسم شيأ كان له أن يلبس ويركب بنفسه وله أن يعير ما لم يلبس هو أو لم يركب فاذا ألبس غيره أو أركبه فليس له أن يركب بنفسه بعد ذلك فى الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا كذا ذكر فى الكافى ثم فى كل موضع يتقيد بالمسمى له أن يخالف الى ما هو خير منه أو الى مثله كما اذا قال له احمل على هذه الدابة هذه الحنطة كان له أن يحمل عليها مثله أو دونه فى الضرر (وعارية الثمنين) أى الدراهم والدنانير (والمكيل) مثل الحنطة والشعير (والموزون) مثل العسل والزيت (والمعدود) مثل الجوز والبيض (قرض) لان الاعارة اذن فى الانتفاع به ولا يتأتى ذلك بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها ولا يملك الاستهلاك الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما ضررا لكونه يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين هذا اذا لم يبين جهة الانتفاع فان بين جهة يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها بأن يستعيرها ليعاير بها ميزانا أو مكيلا أو ليزين بها دكانه أو غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية أمانة ليس له أن ينتفع بها الا كذلك فكان نظير عارية الحلى والسيف المحلى (وان أعار) رجل (أرضا للبناء أو للغرس) أى غرس الشجر (صح) لان منفعتها معلومة وتجوز اجارتها فكذا اعارتها بل أولى لكونها تبرعا (وله) أى للمعير (أن يرجع) عن العارية لانها غير لازمة (ويكلفه) أى ويكلف المعير المستعير (قلعهما) أى قلع البناء والغرس لان الارض ملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كى لا يتلف عليه أرضه ويستبد هو بذلك بخلاف ما اذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما (ولا يضمن) رب الارض للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع (ان لم يؤقت) للعارية وقتا وقال مالك

يلزمه ضمان قيمتهما او يتركان فى أرضه لانه صار مغرورا من جهته فيلزمه الضمان قلنا العارية غير لازمة فيكون له الرجوع فى كل وقت فلم يكن غارّا بالاطلاق (وان وقت) المعير وقتا معينا (ورجع قبله) أى قبل الوقت الذى عينه (ضمن مانقص) البناء أو الغرس (بالقلع) وقال زفر لاضمان عليه لانه لما علم أن له ولاية الاخذ فقد رضى بذلك ولنا أنه لما وقت وقتا معلوما فالظاهر الوفاء بما وعد فقد اعتمد على قوله ووثق به فقد غرّه بخلافه فيضمن بخلاف غير المؤقت والذى ذكره الشيخ فى الضمان هو قول القدورى وقيل يضمن رب الارض قيمة الغرس والبناء ويكونان له وقيل ان كان فى القلع ضرر بالارض فالخيار لرب الارض (وان استعارها) أى الارض (ليزرعها لاتؤخذ) الارض منه (حتى يحصد) الزرع استحسانا (وقت) المعير (أولا) أى أولم يوقت لان له نهاية معلومة فيترك بأجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما فى الاجارة اذا انقضت المدّة والزرع لم يدرك (ومؤنة الردّ) أى ردّ العارية الى المعير (على المستعير) لانه قبضه لمنفعة نفسه والردّ واجب عليه (و) على (المودع) بكسر الدال فى الوديعة لان منفعة حفظها عائدة اليه فكانت مؤنة ردّها عليه (و) على (المؤجر) أيضا أجرة ردّ العين المستأجرة لان منفعة القبض حصلت له وهى الاجرة فلا يكون الردّ واجبا على المستأجر فلا تلزمه الاجرة (و) على (الغاصب) أيضا أجرة ردّ المغصوب لان الردّ الى المالك واجب عليه والاجرة مؤنته فتجب عليه (و) على (المرتهن) أيضا أجرة ردّ الرهن لانّ قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه (وان ردّ المستعير الدابة الى اصطبل مالكها أو) ردّ (العبد) المستعار (الى دار المالك) أى مولى العبد (برئ) من الضمان اذا هلكت الدابة أو العبد استحسانا والقياس أن لا يبرأ لانه لم يردّهما الى صاحبهما وانما ضيعهما تضييعا وهو قول الثلاثة وجه الاستحسان انه أتى بالتسليم المتعارف وهو المعوّل عليه (بخلاف المغصوب والوديعة) فانّ الغاصب لا يبرأ الا بتسليم العين المغصوبة الى المالك لانه متعد باثبات يده فيها فلا تكون ازالتها الا بالتسليم اليه حقيقة وأما المودع فلا يبرأ أيضا الا بتسليم الوديعة الى مالكها لانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضى به لما أودعها عنده (وان ردّ المستعير الدابة مع عبده أو) مع (أجيره) الذى استأجره اجارة (مشاهرة) أو مسانهة وقيد بها احترازا عن المياومة لانه لا يكون فى عياله (أو) ردّها (مع عبد رب الدابة أو) ردّها (مع أجيره) أى مع أجير رب الدابة (برئ) من الضمان اذا هلكت استحسانا والقياس أن لا يبرأ الا بالتسليم الى صاحبها كما ذكرناه الآن وفى المنتقى لو كانت العارية شيأ نفيسا كالجوهر ونحوه لا يبرأ بالردّ مع هؤلاء (بخلاف) ما اذا ردّها مع (الاجنبى) حيث يضمن لانه متعد فى يد الاجنبى وعند الشافعى ومالك لا يضمن فيه أيضا (ويكتب المعار) أى المستعير للارض البيضاء للزراعة يكتب (انك أطعمتنى ارضك) عند أبى حنيفة لانّ اعارة الارض قد تكون للزراعة وقد تكون لغيرها فكان مبهما والاطعام وان كان مجازا فهو معلوم وقالا يكتب أعرتنى أرضك لانّ لفظ الاعارة حقيقة فكان أولى وبه قالت الثلاثة

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الهبة)

وزنها فعلة بكسر الفاء لانّ أصلها وهبة من وهب كعدة أصلها وعدة من وعد وهو التبرع

والتفضل

والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال تعالى فهب لى من لدنك وليا وفى الشرع (هى) أى الهبة (تمليك العين) لغيره (بلا عوض) وهى أمر مندوب وصنيع محبوب (وتصح) الهبة (بايجاب) من الواهب (كوهبت) أى كقوله وهبت لانه صريح فى الباب (ونحلت) لكثرة استعماله فيه (واطعمتك هذا الطعام) لان الاطعام صريح فى الهبة ولو قال أطعمتك هذه الارض فهى عارية لانها لم تطعم (و) كقوله (جعلته) أى هذا الشئ (لك) لاشتماله على لام التمليك (و) كقوله (أعمرتك هذا الشئ) لقوله عليه السلام من أعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده (و) كقوله (حملتك على هذه الدابة) حال كونه (ناويا به) أى بهذا الكلام (هبة) لان المراد به الاركاب حقيقة فيكون عارية وتستعمل فى الهبة مجازا يقال حمل الامير الفلان على فرس أى وهبه فيحمل عليها عند النية (و) كقوله (كسوتك هذا الثوب) لان الكسوة يراد بها التمليك (و) كقوله (دارى لك هبة تسكنها) لان اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله (لا) تصح الهبة بقوله دارى لك (هبة سكنى أو) دارى لك (سكنى هبة) وانما تصير عارية لان قوله هبة سكنى أو سكنى هبة تفسير لتمليك المنفعة فتكون عارية لانها محكم فيها والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وقوله (وقبول) بالجر عطف على قوله بايجاب أى وتصح أيضا بقبول من الموهوب له لانها عقد محتاج اليه كسائر العقود (و) تصح بتسليم و(قبض فى المجلس) لانه عقد تبرع فلا يثبت الملك قبل القبض وقال مالك تملك بمجرد العقد كما فى البيع (بلا اذنه) أى بلا اذن الواهب استحسانا والقياس أن لا يجوز بلا اذنه لانه تصرف فى ملك الغير فلا يجوز الا باذنه وبه قال الشافعى وجه الاستحسان ان القبض كالقبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض (و) تصح (بعده) أى بعد المجلس أراد بعد الافتراق (به) أى بالاذن فلا تصح بعد الافتراق بلا اذن لانا أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول وهو يتقيد بالمجلس لان الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح وقوله (فى محوز) يتعلق بقوله وتصح أى وتصح الهبة فى محوز أى مجموع قيد به احترازا عن المتصل كالثمرة على الشجرة وقيد بقوله (مقسوم) احترازا عن المشاع (و) تصح الهبة أيضا فى (مشاع لا يقسم) كالعبد والدابة لان القبض الكامل فيه لا يتصور فاكتفى بالقاصر منه (لا) تصح (فيما يقسم) أى فى مشاع يقسم كسهم من الدار وقال الشافعى تجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم لانه نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال أحمد ومالك فى رواية ولنا ان الخلفاء الراشدين رضى الله تعالى عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة وما روى من قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة فحديث غريب (فان قسمه) بعد ما وهب مشاعا (وسلمه صح) لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوى وقاضيخان وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ (وان وهب) رجل لآخر (دقيقا فى بر لا) تصح (وان طحن) البر (وسلم) الدقيق (وكذا) لا يصح لو وهب (الدهن فى السمسم و) وهب (السمن فى اللبن) وان استخرجهما وسلمهما لان الموهوب معدوم الا اذا تجدد العقد بعد استخراجهما

قوله الفلان كذا فى النسخ وفى المصباح فلان وفلانة بغير ألف ولام كناية عن الاناسى وبهما كناية عن البهائم يقال ركبت الفلان وحلبت الفلانة انتهى

وانما جازت الوصية بهما لان الوصية بالمعدوم تجوز واللبن فى الضرع والصوف على ظهر
الغنم والزرع والنخل فى الارض والتمر فى النخل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز
للاتصال وذلك يعود الى امتناع القبض كالشائع فاذا فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما فى هبة
الدين بخلاف مالو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز لان فى وجوده احتمالا فصار
كالمعدوم والدار التى فيها المتاع والجوالق الذى فيه الدقيق كالمشاع (وملك) الموهوب له العين
الموهوبة (بلا قبض جديد لو) كانت (فى يد الموهوب له) لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء
كانت فى يده أمانة أو مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب
عنهما والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر وان اختلفا ناب الاقوى
عن الاضعف دون العكس هذا اذا كان الموهوب فى يده مضمونا كالغصب والمرهون
والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه وكذا اذا كان فى يده عارية أو اجارة لانه قبضها لنفسه
ويده ثابتة فيه وأما اذا كانت فى يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه نائب عنه فى
الحفظ وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة لكن لما كان للمودع
يد حقيقة نزل قابضا لذلك لان اقامة يده مقام يد المالك حكما مادام عاملا له وبعد الهبة ليس
بعامل له فتعتبر الحقيقة (وهبة الاب لطفله) أى لولده الصغير (تتم بالعقد) لانه فى قبض الاب
فينوب عن قبض الصغير لانه وليه سواء كانت العين الموهوبة فى يده أو فى يد مودعه بخلاف
ما اذا كان فى يد غاصبه أو فى يد مرتهنه أو مستأجره حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه (وان وهب
له) أى للطفل (أجنبى تتم) الهبة (بقبض وليه) نحو الاب والجد ووصيهما سواء كان الصغير فى
حجرهم أولا بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض الا اذا كان
فى حجرهم وليس له أب وهو معنى قوله (وامه) أى وتتم بقبض أمه (و) قبض (أجنبى لو) كان
الصغير (فى حجرهما) وان لم يكن فى حجرهما لا تتم (و) يتم أيضا (بقبضه) أى بقبض الطفل بنفسه
(ان عقل) التحصيل لانه فى التصرف النافع يلحق بالبالغ العاقل (ويجوز قبض زوج الصغيرة
ما وهب) للصغيرة اذا كان قبضه (بعد الزفاف) أى بعد ان زفت الصغيرة اليه لان الاب أقامه
مقام نفسه فى حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب أيضا صح لان الولاية له واشتراط
الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط
أن يكون ممن يجامع مثلها فى الصحيح (ولو وهب اثنان دارا لواحد صح) لانهما سلماها له
جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع (لا) يصح (عكسه) وهو ان يهب واحد من اثنين عند
أبى حنيفة لان تمليك الكل منهما تمليك البعض الشائع من كل منهما لانه لا وجه له سوى هذا
وهذا باطل وقالا يجوز لان هذا تمليك واحد منهما فلم يتحقق الشيوع وبه قالت الثلاثة (وصح
تصدق عشرة) دراهم على فقيرين (و) كذا (هبتها) أى هبة عشرة دراهم (لفقيرين لا) يصح
التصدق بعشرة على غنيين ولا هبتها (لغنيين) هذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما
مجازا عن الآخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة وفرق بين
الصدقة والهبة فى الحكم حيث أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة والجامع بينهما ان كلا
منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو

واحد

واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فتكون تمليكا من اثنين ولهذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله وهو معلوم ولو أوصى به لاغنياء غير معينين لا يجوز وفي الاصل سوى بينهما فوجب أن يمنع في البابين فكان في المسئلة روايتان وهذا كله على قول أبي حنيفة وأما عندهما فالهبة من شخصين جائزة فالصدقة أولى

* هذا (باب) في بيان أحكام (الرجوع في الهبة) *

صح الرجوع فيها أي في الهبة ما لم يمنع مانع وقال الشافعي لا يصح الا في الولد لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد من ولده والعائد في هبته كالكلب يعود في قيئه رواه البخاري وغيره وبه قال أحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها أخرجه الدارقطني أي ما لم يعوض والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله ونحن نقول بموجب الحديث لانه لو رجع كره له ذلك وروى الكرخي عن أصحابنا أنه حرام ولكن يرفع الامر الى الحاكم حتى يفسخ الهبة فيعود اليه قديم الملك وانه لا ينافي الرجوع لانه أخبر عن قبحه فمعناه انه لا يليق له أن يرجع الا الوالد فيما يهب لولده ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام المؤمن لا يكذب أي لا يليق له أن يكذب وقوله عليه الصلاة والسلام الزاني لا يزني وهو مؤمن أي لا يليق له أن يزني وهو مؤمن لا انه ينافي صفة الايمان ان فعله بل هو قبيح ومع الايمان أقبح فكذا هذا قبيح ولهذا قال كالكلب لان فعله يوصف بالقبح لا بالحرمة (ومنع الرجوع) أي رجوع الهبة أشياء يجمعها حروف (دمع خزقه) أخذها من بيت شعر قيل فيه وهو قوله

ومانع عن الرجوع في الهبه * يا صاحبي حروف دمع خزقه

ثم شرع يبين ذلك بالفاء التفصيلية بقوله (فالدال الزيادة المتصلة كالغرس) أي غرس الشجر في الارض الموهوبة (والبناء) عليها اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا يمنع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بأن كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع من تلك القطعة دون غيرها (و) كزيادة (السمن) بأن كان الموهوب هزالا فسمن عند الموهوب له واحترز بالمتصلة عن الزيادة المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد لانه عقد معاوضة فلو رد الاصل دون الزيادة لأدى الى الربا لسلامة الولد له مجانا ورد الولد معها لا يمكن لان العقد لم يرد عليه فبطل أصلا ورجع بالنقصان ثم المراد بالاتصال هو أن يكون في نفس الموهوب شيء يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور في المتن وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين وكذا اذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل عندهما ينقطع الرجوع خلافا لابي يوسف ولو وهب عبدا كافرا فأسلم في يد الموهوب له أو وهب عبدا حلال الدم فعفا ولي الجناية وهو في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد القرآن أو الكتابة أو الصنعة يمنع الرجوع لان هذه ليست

زيادة فى العين وفيه خلاف زفر ويروى الخلاف بالعكس ولو اختلفا فى الزيادة فالقول للواهب
لانه ينكر لزوم العقد (والميم موت أحد المتعاقدين) الواهب أو الموهوب له لان بموت
الواهب يبطل خياره لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط وبموت الموهوب له ينتقل
الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم (والعين العوض) وفسره
بقوله (بأن قال) الموهوب له للواهب (خذه) أى هذا الشئ (عوض هبتك أو بدلها أو) خذه
(بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لما روينا ولابد من ذكر الموهوب له ان المدفوع عوض
عن الهبة وقد أشار الشيخ اليه بقوله خذه عوض هبتك أو بدلها أو بمقابلتها لان حق الرجوع
ثابت له ولا يسقط الا بعوض يرضى به هو ويشترط فيه شرائط الهبة من القبض والافراز
ولو وهب للواهب شيأ ولم يذكر انه عوض عنها كان هبة مبتدأة فلكل واحد منهما أن يرجع فى
هبته (وصح) العوض (من أجنبى) كما فى الصلح عن دم العمد والخلع ولا يرجع الاجنبى
على الموهوب له وان كان بأمره لانه لم يؤد عنه شيأ واجبا بخلاف قضاء الدين حيث يرجع
اذا كان بأمره (وان استحق نصف الهبة رجع) الموهوب له على الواهب (بنصف العوض) لانه
لم يدفع اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره (وبعكسه) أى وبعكس
الحكم المذكور وهو ما اذا استحق نصف العوض (لا) يرجع الواهب بشئ (حتى يرد ما بقى) من
العوض وقال زفر يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الآخر ولنا
ان العوض ليس ببدل عنه حقيقة بدليل انه يجوز أن يعوضه أقل من جنسه فى المقدرات
ولو كان معاوضة لما جاز للربا وانما أعطاه ليسقط حقه فى الرجوع الا انه لم يرض بسقوط
حقه الا بسلامة كل العوض فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضى بما بقى من العوض
وان شاء رد الباقى عليه ويرجع فى الهبة (ولو عوض) الموهوب له (النصف) من الهبة (رجع)
الواهب (بما لم يعوض) وهو النصف الباقى لان حقه فى الرجوع كان فى الكل فاذا عوضه
عن بعضه امتنع الرجوع فى حقه وبقى الباقى على ما كان (والخاء خروج الهبة) أى العين
الموهوبة (عن ملك الموهوب له) لان الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب
فلا يمكن من نقض ما تم من جهته (وبيع نصفها) أى نصف الهبة (رجع) الواهب (فى النصف)
الباقى (كعدم بيع شئ) من الهبة يعنى اذا لم يبع منها شئ كان له أن يرجع فى النصف ويترك
النصف فكذا له أن يرجع فى النصف اذا بيع النصف لان من له حق الرجوع فى الكل يخير بين
أن يستوفى الكل أو النصف وكذا له أن يترك الكل أو البعض (والزاى الزوجية فلو وهب)
لاجنبية (ثم نكح) أى ثم تزوجها (رجع) فى هبته يعنى يجوز له الرجوع (وبالعكس) أى عكس
الحكم المذكور بأن وهب لزوجته ثم أبانها (لا) يرجع لان المقصود فيها الصلة كما فى القرابة
(والقاف القرابة) لان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع
سواء كان مسلما أو كافرا ثم فسر القرابة بقوله (فلو وهب) رجل (لذى رحم محرم منه لا يرجع فيها)
أى فى الهبة (والهاء الهلاك) يعنى هلاك العين الموهوبة فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد
الهلاك اذ هو غير مضمون عليه (فلو ادعاه) أى لو ادعى الموهوب له الهلاك (صدق) لانه منكر

لوجوب

لوجوب الرد عليه فأشبه المودع (وانما يصح) الرجوع عن الهبة بأحد الامرين اما (بتراضيهما) أى الواهب والموهوب له (أو بحكم الحاكم) بالرجوع لان حكم العقد قد ثبت وتم والرفع بعد الثبوت يوقف على فسخ من له ولاية الفسخ وهو القاضى او المتعاقدان كالرد بالعيب بعد القبض فما لم يقض القاضى أو يفسخاها بالتراضى فملك الموهوب له ثابت فى العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق و بيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم وكذا لو منعه وهلك فى يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع وان منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدى و بكل منهما يكون فسخا من الاصل وعند زفر الرجوع بالتراضى عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة (فان تلفت) العين (الموهوبة) عند الموهوب له (فاستحقها مستحق وضمن) بتشديد الميم أى المستحق ضمن (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لان العقد عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضى السلامة (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء) أى فى ابتداء العقد (فيشترط التقابض فى العوضين) لان القبض شرط فى الهبة لما مر وكل واحد منهما واهب من وجه (وتبطل) الهبة بشرط العوض (بالشيوع) لان هبة المشاع لا تصح كما مر (بيع انتهاء) أى فى انتهاء العقد بعد التقابض (فترد بالعيب وخيار الرؤية) لاحدهما كما فى البيع والفاء فى فترد وفى قوله فيشترط نتيجة ما قبلهما من الكلام (و) كذلك (يؤخذ بالشفعة) اذا كان أحد العوضين عقارا وعند زفر والثلاثة بيع مطلقا أى ابتداء وانتهاء لانها تمليك ببدل من الابتداء فكان بيعا ولنا أن الموجود قبل القبض ليس الا الهبة المشروطة بالعوض وانما تؤخذ حكم مبادلة المال بالمال بعد التعويض فكان هبة ابتداء و بيعا انتهاء وثمرة الخلاف أن عندهم يثبت خيار الرؤية والرد بالعيب قبل القبض ويجوز فى مشاع يحتمل القسمة وعندنا لا يثبت شئ من هذه الاحكام قبل القبض

هذا * (فصل) * فى بيان أحكام الهبة بالشرط والاستثناء وغيرهما (ومن وهب أمة الا حملها أو) وهبها (على أن يردها) الموهوب له (عليه) أى على الواهب (أو) وهبها على أن (يعتقها أو) على أن (يستولدها أو) وهبه (دارا على أن يرد) الموهوب له (عليه) أى على الواهب (شيأ منها) أى من الدار (أو) على أن (يعوضه) أى الموهوب له الواهب (شيأ منها) أى من الدار (صحت الهبة) فى الوجوه كلها (وبطل الاستثناء) فى الصورة الاولى (و) بطل (الشرط) فى الصور الباقية وهذا بالاجماع الا رواية عن أحمد تفسد بالشرط وذلك لان الشرط يعمل فى عقود المعاوضات لا التبرعات وأما الاستثناء فلانه تصرف لفظى لا يعمل الا فيما تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وانما هو وصف للجارية فكان تبعا لها فلا يصح استثناؤه بخلاف الوصية حيث يجوز فى الام دون الحمل وفى الحمل دون الام لان بابها أوسع قال الشارح قوله على أن يعوضه شيأ منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله وبطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها قلت هكذا وقع فى عبارة الهداية ولكن فيه أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها ثم قال الشراح ان قوله أو يعوضه شيأ منها متصل بقوله أو تصدق عليه

بدار منها ولو وصل بقوله أووهب دارا يلزم ماذكره الشارح قلت لا يلزم التكرار أصلا لان قوله على أن يرد عليه شيأ منها لا يستلزم أن يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بألفاظ مخصوصة فيجوز أن يكون ردا ولا يكون عوضا العدم الاستلزام وأما قوله أو يعوضه شيأ منها فصريح بالعوض ولا شك أنهما متغايران (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فهو) أى الدين (لك أو أنت منه) أى من الدين (برىء أو) قال لمديونه (ان أديت الى نصفه) أى نصف الدين (فلك نصفه أو) قال له ان أديت الى نصفه (أنت برىء من النصف الباقى فهو) أى قوله هذا كله (باطل) لان الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه ولهذا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فبطل بخلاف قوله أنت برىء من النصف على أن تؤدى الى النصف لانه تقييد وليس بتعليق (وصح العمرى) بضم العين فعلى اسم من العمر فاذا صحت يكون (للمعمر) بفتح الميم الثانية وهو الموهوب له (حال حياته و) يكون (لورثته بعده) أى بعد موت المعمر لقوله عليه السلام من أعمر عمرى فهى لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيأ فهو سبيل الميراث رواه أحمد وأبو داود والنسائى وعند مالك والشافعى فى القديم هو للمعمر منافعه للمعمر له لا لورثته ثم أشار الى تفسير العمرى بقوله (وهى أن يجعل داره له عمره فاذا مات يرد عليه) أى على المعمر بكسر الميم الثانية وهو الواهب (لا) تصح (الرقبى) بضم الراء وأشار الى تفسيرها بقوله (أى ان مت قبلك فهى لك) وان مت قبلى فهى لى فكان كل واحد منهما يراقب موت الآخر فلا يجوز لما روينا وقال أبو يوسف يجوز لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه عليه السلام قال العمرى جائزة لمن أعمرها والرقبى جائزة لمن أرقبها رواه أحمد والنسائى وبه قال الشافعى وأحمد والجواب عنه أنه مأخوذ من الارقاب معناه رقبة دارى لك وذلك جائز لكن لما احتمل الامرين لم تثبت الهبة بالشك فتكون عارية (والصدقة كالهبة) لانها تبرع مثلها فاذا كان كذلك (لا تصح الا بالقبض ولا) تصح (فى مشاع يحتمل القسمة) كسهم من الدار (ولا رجوع فيها) أى فى الصدقة لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض

*هذا (كتاب) * فى بيان أحكام (الاجارة)

هى فعالة أو اعالة على تقدير حذف فاء الفعل من أجر يأجر من باب طلب وضرب فهو آجر وذاك مأجور وفى كتاب العين أجرت مملوكى أوجره ايجارا فهو موجر وفى الاساس آجرنى داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤاجرا فانه خطأ قبيح قال وليس آجر هذا فاعل وانما هو أفعل والاجرة اسم وهى ما يعطى من كرى الاجير والاجر ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به فيقال أعظم الله أجرك وفى الشرع (هى) أى الاجارة (بيع منفعة معلومة بأجر معلوم) وقيل هى تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض وقد جوزت بالاجماع لضرورة الناس (وما) أى كل شئ (صح ثمنا) فى البيع (صح اجرة) فى الاجارة فان كانت الاجرة عينا جاز كل عين ان يكون أجرة كما جاز ان يكون بدلا فى البيع وان كان موصوفا فى الذمة يجوز أيضا كل ما جاز أن يكون ثمنا أو مبيعا فى الذمة كالمقدرات

والمذروعات

والمذروعات ومالا فلا وقوله وماصح ثمنا صح أجرة لا ينافي العكس حتى صح أجرة مالا يصح ثمنا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح أجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار بسكنى الدار وكاستئجار الارض للزراعة بزراعة أرض أخرى (والمنفعة تعلم) بأمور ثلاثة الاول (ببيان المدة) طالت أو قصرت (كالسكنى والزراعة) أى بأن استأجر دارا للسكنى أو أرضا للزراعة (فيصح) العقد (على مدة معلومة أى مدة كانت) الا فى قول للشافعى لا تصح فى أكثر من سنة وعنه أكثر من ثلاث سنين ويفتى فى الوقف بثلاث سنين على ما مر أشار اليه بقوله (ولم يزد) فى المدة (فى الاوقاف على ثلاث سنين) خوفا من دعوى المستأجرين الملكية عند تطاول المدة والحيلة فى الزيادة أن يعقد عقودا كل عقد على سنة ويكتب فى الكتاب ان فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا وكذا عقدا فى كل عقد سنة وذكر صدر الاسلام أن الحيلة فيه أن يرفع الى الحاكم حتى يجيزه هذا اذا لم ينص الواقف على المدة فان نص على شئ يتبع ذلك طال أو قصر لان نص الواقف كنص الشارع (أو) تعلم المنفعة (بالتسمية) وهو الامر الثانى (كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته) أى خياطة الثوب وكذا استئجار الدابة للعمل عليها مقدارا معلوما او للركوب مسافة معلومة لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة وقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة بالتسمية (أو) تعلم المنفعة (بالاشارة) وهو الامر الثالث (كالاستئجار على نقل هذا الطعام الى كذا) أى الى موضع عينه لانه اذا عين له المحمول وغاية المحل تعينت المنفعة فيصح العقد (والاجرة) فى الاجارة (لا تملك بالعقد) أى بنفس العقد سواء كانت الاجرة عينا أو دينا (بل) تملك باحد أربعة أشياء الاول (بالتعجيل) أى بتعجيل المستأجر الاجرة (أو بشرطه) أى أو بشرط التعجيل وهو الامر الثانى (أو بالاستيفاء) أى أو باستيفاء المعقود عليه وهى المنفعة وهو الامر الثالث (أو بالتمكن منه) أى من الاستيفاء بتسليم العين المستأجرة فى المدة وهو الامر الرابع وقال الشافعى تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لانها عقد معاوضة فيثبت الملك فى البدلين بنفس العقد وبه قال أحمد وقال مالك لا تملك الا بالاستيفاء فقط ولنا ان هذا عقد معاوضة فيقتضى المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين فى الملك والتسليم واحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم فكذا فى البدل الآخر ولو ملك الاجرة لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فيؤخر الملك فيه ضرورة الى ما ذكرنا فان قلت يصح الابراء من الاجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها أن تمنع نفسها قلت لا يصح الابراء عند أبى يوسف لعدم وجوبه بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت فى الذمة وأما على قول محمد فلانه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجود السبب كالابراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للتوثقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب ألا ترى انهما جائزان بالثمن فى المبيع المشروط فيه الخيار وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط فكذا بهذا الدين وانما لم يكن للمرأة أن تحبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه أوفى ما سمى لها برضاها وهو

المراد بمثله عادة عند الاطلاق فصار كما اذا أجلت المهر كله فانه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلوله فكذا هذا بل أولى لانها تسلمت الدار وهى قائمة مقام المنفعة من وجه (فان غصبت العين المستأجرة (منه) أى من المستأجر (سقط الاجر) كله فيما اذا غصبت فى جميع المدة وان غصبت فى بعضها سقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع وهل تنفسخ الاجارة قال صاحب الهداية تنفسخ وقال قاضيخان فى فتاواه والفضلى لا تنتقض (ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم وللجمال) بالجيم طلب الاجر أيضا (كل مرحلة) وقال زفر ليس لهم ذلك الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر لان المعقود عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الاجر على أجزائها وهو قول أبى حنيفة أولا ولنا انه استوفى بعض المعقود عليه على وجه لا يمكن نقضه فيجب قدره من البدل نظرا له وتسوية بين العاقدين (وللقصار والخياط) طلب الاجرة (بعد الفراغ من العمل) لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر بمقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيأ من الاجرة على ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد وفى المبسوط والذخيرة وقاضيخان اذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجرة بحسابه واستشهد فى الاصل بما لو استأجر انسانا ليبنى له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى (وللخباز) طلب الاجرة (بعد اخراج الخبز من التنور) لانه قد فرغ فتملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل هذا اذا كان يخبز فى بيت المستأجر وان كان فى بيته لم يكن مسلما بمجرد الاخراج من التنور (فان أخرجه) أى فان أخرج الخباز الخبز من التنور (فاحترق) الخبز (له الاجر) لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه لانه فى منزل المستأجر فاستحق الاجر بوضعه فيه (ولا ضمان عليه) اذا هلك بعد ذلك بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق قبل أن يخرجه أو سقط من يده قبل الاخراج فاحترق لا يستحق الاجر لهلاكه قبل التسليم وان كان يخبز فى منزل نفسه لا يستحق الاجر بالاخراج من التنور لما ذكرنا فلا بد من التسليم الحقيقى ولو هلك هنا قبل التسليم الى صاحبه لا يستحق الاجر لعدم التسليم الحقيقى ولا يجب عليه الضمان عند أبى حنيفة خلافا لهما ثم اذا صار ضامنا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح (وللطباخ) طلب الاجرة (بعد الغرف) أى غرف الطبيخ لان الغرف عليه هذا اذا كان يطبخ للوليمة وان كان يطبخ قدرة خاصة لاهل البيت فليس عليه الغرف للعرف (وللبان) أى وللذى يتخذ اللبن من الطين طلب الاجرة (بعد الاقامة) عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا بتشريجه لانه من تمام العمل وله أن الفراغ هو الاقامة والتشريج عمل زائد وهو نقل اللبن من مكانه وثمرة الخلاف فيما اذا فسد بالمطر ونحوه بعد ما أقامه فعنده يجب الاجر وعندهما لا يجب اذا هلك قبل التشريج هذا اذا لبن فى أرض المستأجر وان لبن فى أرض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج (ومن) كان (لعمله أثر فى العين كالصباغ والقصار يحبسها) أى يحبس العين (للاجر) أى لاجل الاجرة حتى يستوفيها وقال زفر ليس له ذلك لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به وبه قال أحمد

قلنا

قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه فى تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر فى المحل اذ لا وجود للعمل الا به فكان مضطرا اليه والرضا لا يثبت مع الاضطرار (وان حبس) العين (فضاع) أى هلك (فلا ضمان عليه) لانّ العين أمانة فى يده عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما عليه الضمان بعد الحبس كما قبله بناء على تضمين الاجير المشترك (ولا أجر) له لانّ المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط الاجرة (ومن لا أثر لعمله كالجمال) بالجيم والاولى أن يكون بالحاء المهملة (والملاح) وهو النوتى بلغة أهل مصر (لا يحبس) العين (للاجر) لانّ المعقود عليه نفس العمل وهو عرض ولا له أثر يقوم مقامه فلا يتصور حبسه بخلاف ردّ الآبق فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله أثر لانه كان على شرف الزوال والهلاك فأحياه بالردّ فكأنه باعه من مولاه فكان له حق الحبس (ولا يستعمل) الاجير (غيره ان شرط عمله بنفسه) لانّ المعقود عليه عمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه (وان أطلق) المستأجر (كان له ان يستأجر غيره) لانّ الواجب عليه عمل فى ذمته ويمكنه الايفاء بنفسه وبالاستيفاء بالغير كالمأمور بقضاء الدين (وان استأجره) أى وان استأجر رجل رجلا (ليجيء بعياله) من موضع (فمات بعضهم) أى بعض العيال (فجاء) الاجير (بمن بقى) من العيال (فله) أى فللاجير (أجره بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله (ولا أجر لحامل الكتاب للجواب) اى لاجل الجواب يجيء به من المكتوب اليه (ولا لحامل الطعام) وهو الذى يستأجر ليذهب بطعام الى فلان بمكة مثلا (ان ردّه) أى ان ردّ حامل الكتاب الكتاب (للموت) أى لاجل موت المكتوب اليه وكذا ان ردّ حامل الطعام الطعام لاجل موت المحمول اليه لانه نقض تسليم المعقود عليه بالردّ فصار كأنه لم يفعل فلا يستحق الاجر وقال زفر له الاجر فى الطعام لانّ الاجر يقابل حمل الطعام وقد وفى بالمشروط بخلاف نقل الكتاب لانّ الاجر فيه لا يقابل الحمل لانه لا مؤنة له وقال محمد له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أنّ المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود أو وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم متعلق به وقد نقضه فسقط الاجر كما فى الطعام ولو وجده غائبا فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك الكتاب هناك ليوصل اليه أو الى ورثته فله الاجر فى الذهاب والله أعلم بالصواب

*هذا (باب) فى بيان أحكام (ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

أى فى الاجارة (صح اجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) أى فى الدور والحوانيت استحسانا لانّ العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا تسمى مسكنا فينصرف اليها والقياس أن لا تجوز للجهالة كالارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف العامل والعمل فلا بد من البيان (وله) أى للمستأجر (أن يعمل فيها) أى فى الدور والحوانيت (كل شئ) يريده للاطلاق وله أن يسكن غيره معه أو ينفرد لانّ كثرة السكان لا تضر وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان ويعمل ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب وفى النهاية

لايدخل الدواب فى عرفنا لان المنازل بخارا تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب وانما هذا الجواب بناء على عرفهم فى الكوفة وفى شرح الكافى للاسبيجابى رحمه الله ولو استأجرها للسكنى كل شهر بكذا فله أن يربط فيها دابته وبعيره وشاته ويسكنها من أحب وهذا اذا كان فيها موضع معد لذلك (الا انه لا يسكن) حال كونه (حدادا او قصارا او طحانا) لان هذه الاشياء توهن البناء والمراد رحا الثور أو الماء لا رحا اليد فانه لا يمنع من النصب فيه ولو انهدم البناء بهذه الاشياء وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا اجر عليه لان الضمان والاجرة لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس أن لا يجب ولو اختلفا فى اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لانه لو أنكر الاجارة كان القول له فكذا اذا أنكر نوعا من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستأجر اولى لانها تثبت الزيادة (و) صح اجارة (الاراضى للزراعة ان بين) للمستأجر (ما يزرع فيها) لجريان العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها غير ان ما يزرع فيها متفاوت ولابد من بيانه (او قال على ان يزرع فيها ما شاء) كى لا يفضى الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل على ان ازرعها ما اشاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تكون صحيحة فى القياس كما اذا اشترى بخمر او خنزير وفى الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا وللمستأجر الشرب والطريق بخلاف البيع (و) صح اجارة الارض (للبناء والغرس) اى غرس الاشجار لانها منفعة معلومة فيجوز (فان مضت المدة) اى مدة الاجارة (قلعهما) اى قلع البناء والغرس (وسلمها) اى وسلم المستأجر الارض الى المؤجر حال كونها (فارغة) لانه ليس لهما انتهاية معلومة حتى يتركا اليها وفى تركهما على الدوام ضرر لصاحب الارض سواء كان بأجر أو بغيره بخلاف الزرع حيث يترك الى أن يستحصد بأجر المثل لان له نهاية معلومة بخلاف ما اذا غصب أرضا وزرعها حيث يؤمر بالقلع وان كان له نهاية لان ابتداء فعله وقع ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقريره (الا أن يغرم له) أى للمستأجر (المؤجر) وهو صاحب الارض (قيمته) أى قيمة كل واحد من البناء والغرس حال كونه (مقلوعا) لانه يستحق القلع فتقوم الارض بدون البناء والغرس وتقوم وفيها بناء وغرس لصاحب الارض أن يقلعه فيضمن فضل ما بينهما هذا اذا كانت الارض تنقص بالقلع وان كانت لا تنقص وأراد أن يضمن له قيمته ويكون له البناء فليس له ذلك الا أن يرضى صاحبه (و يتملكه) أى ويتملك صاحب الارض كل واحد من البناء والغرس بعد دفع القيمة (او يرضى) صاحب الارض (بتركه) أى بترك كل واحد من البناء والغرس (فيكون البناء والشجر لهذا) أى للمستأجر (والارض لهذا) أى للمؤجر الذى هو صاحب الارض لان الحق له فاذا رضى باستمراره على ما كان بأجر أو بغير أجر كان له ذلك (والرطبة) وهى البرسيم (كالشجر) لانه لا نهاية لها كالشجر فيعمل فيها ما يعمل فى الشجر (والزرع يترك) فى الارض المستأجرة (باجر المثل الى أن يدرك) اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه لان له نهاية معلومة لما ذكرنا (والدابة) بالجر عطف على قوله الدور والحوانيت أى صح أيضا اجارة الدابة (للركوب والحمل و) صح أيضا اجارة (الثوب للبس) لجريان العادة بذلك (فان اطلق) المؤجر للمستأجر الركوب واللبس بمعنى ان يقول على ان يركبها من شاء ويلبس الثوب من شاء (اركب) المستأجر الدابة من شاء (والبس) الثوب (من شاء) لانه

يختلف

يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين أو بأن يشترط أن يفعل ماشاء وفى الخلاصة ولو لم يبين ولم يقل ان يفعل فيها ماشاء فسدت الاجارة للجهالة فلو أركب أو ركب بنفسه أو لبس الثوب أو ألبس وجب عليه المسمى استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل (وان قيد) المؤجر (براكب) معين (ولابس) معين (فخالف ضمن) لان التقييد مفيد فاذا خالف صار متعديا فيضمن (ومثله) أى مثل الحكم المذكور وهو الضمان الحكم فى كل (ما يختلف بالمستعمل) بكسر الميم الثانية أى باختلاف المستعمل اذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا (وفيما) أى وفى الذى (لا يختلف به) أى بالمستعمل (بطل تقييده) أى تقييده المؤجر بشخص معين (كما لو شرط) المؤجر (سكنى واحد) بعينه فى اجارة الدور (له) اى للمستأجر (ان يسكن غيره) اى غير الواحد الذى شرط المؤجر سكناه لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت فى السكنى وما يضر بالبناء كالحدادة والقصارة ونحوهما فهو خارج بدلالة العادة والفسطاط كالدار عند محمد وعند أبى يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس فى ضربه ونصب اوتاده واختيار مكانه (وان سمى) المستأجر (نوعا وقدرا ككر بر) يحمله على الدابة التى استأجرها (له) اى للمستأجر (حمل مثله و) ماهو (اخف) منه فى الضرر كالشعير والسمسم (لا) اى ليس له ان يحمل عليها ماهو (اضر) منه (كالملح) لانه اذا رضى بشئ يكون راضيا بكل ماهو مثله أو دونه دلالة دون ماهو اضر منه والقياس ان يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان للمخالفة وجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا ولا فائدة هنا ولو حمل عليها مثل وزن البر حديدا أو ملحا أو آجرا يضمن لانه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها فيضرها أكثر وكذا اذا حمل عليها مثل وزن البر قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر من البر وفيه حرارة أيضا فكان أضر عليها من البر فصار كما اذا حمل عليها تبنا أو حطبا (وان عطبت) أى هلكت الدابة (بالارداف ضمن) المستأجر (النصف) أى نصف قيمة الدابة لانها قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها الراكب الثقيل لعلمه بالركوب هذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الاثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها وقالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك نفسه وان كان صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله وقيد بالارداف لانه اذا حمله على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة ولم يذكر الشيخ رحمه الله كم يجب عليه من الاجرة وفى المحيط يجب عليه جميع الاجرة اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده ونصفها اذا كان قبله ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا (و) ان عطبت (بالزيادة على الحمل المسمى) بأن سمى قنطارا مثلا فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن (ما زاد) الثقل لانها هلكت بما هو مأذون فيه وغير مأذون والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كانت الدابة لا تطيق مثله فيجب عليه جميع قيمتها لعدم الاذن فيه (و) يضمن (بالضرب) أى بضرب الدابة (والكبح) أى بكبحها من كبحت الدابة بلجامها اذا رددتها وجذبتها الى نفسك لتقف ولا تجرى هذا عند ابى حنيفة لانه فعل غير مأذون فيه وقالا اذا كان خارجا عن المعتاد يضمن والا لا لان الضرب فى السير معتاد فكان مأذونا فيه بخلاف غير المعتاد وبه قالت الثلاثة (ونزع السرج) بالجر أى ويضمن أيضا بنزع سرج الدابة التى اكتراها بسرج فهلكت (والا كاف) أى وبالا كاف أيضا

بان نزع سرجها وأوكفها باكاف وهي البرذعة فهلكت (اوالاسراج) بان نزع سرجها فاسرجها (بما لا تسرج) هذه الدابة (بمثله) أي بمثل ذلك السرج فهلكت فانه يضمن جميع قيمتها في هذه الصور للتعدي وان أسرجها بسرج تسرج بمثله لا يضمن لتناول الاذن اياه الا اذا كان زائدا في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة بحسابه وعندهما الاكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان مثله يوكف الا اذا كان زائدا على السرج الذي كان عليها فيضمن الزيادة بحسابها كما في السرج وقيل عن أبي حنيفة روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهو الاصح وتكلموا على معنى قولهما انه يضمن بحسابه فمنهم من قال انه يقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن (وسلوك طريق) بالجر عطفا على قوله وبالضرب أي يضمن جميع القيمة أيضا بسلوك المكاري في طريق (غير ما عينه) مالك المتاع (و) الحال ان الطريقين قد (تفاوتا) بان كان المسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلك لصحة التقييد فاذا خالف فقد تعدى فيضمن قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ فله الاجر استحسانا ولا يلزم اجتماع الاجرة والضمان لانهما في حالتين (وحمله) بالجر عطفا على قوله وسلوك أي ويضمن أيضا بحمله أي بحمل المكاري المتاع (في البحر) لفحش التفاوت بين البر والبحر ولو سلم يجب المسمى استحسانا وقوله (الكل) بالنصب عائد الى المسائل المتقدمة من قوله وبالضرب الى هنا والتقدير ويضمن الكل أي جميع القيمة لان الواجب في جميعها جميع القيمة (وان بلغ) المكاري بالمتاع الى المقصد في المسئلتين المذكورتين (فله الاجر) لحصول المقصود وقد ذكرناه (و) يضمن (بزرع رطبة و) الحال أن مالك الارض قد (أذن له بالبر) أي بزرع البر (ما نقص) الارض وهو في محل نصب على أنه مفعول يضمن المقدر وذلك لان الرطاب أكثر ضررا بالارض من البر لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان (ولا أجر) له عليه لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب فلا يجب الاجر به وان زرع فيها ما هو أقل ضررا من البر لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا (و) يضمن (بخياطة قباء و) الحال أنه قد (أمر بقميص) أي بخياطة قميص (قيمة ثوبه وله) أي لصاحب الثوب (أخذ القباء) ان شاء (ودفع أجر مثله) ولا يجاوز به المسمى قيل أراد بالقباء القرطق وهو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد وقال ظهير الدين رحمه الله القميص اذا قد من قبل كان قباطاق وقباطاق اذا خيط جانباه كان قميصا وهو المراد بالقرطق لانه يستعمل استعمال القميص والقباء فيثبت له الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة وقيل الجواب يجري على اطلاقه في الكل وعن أبي حنيفة انه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب رواه الحسن عنه ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء ضمن من غير خيار وقيل يخير وهو الاصح

* هذا (باب) في بيان أحكام (الاجارة الفاسدة)

(يفسد الاجارة الشروط) لانها كالبيع الا ترى أنها تقال وتفسخ فتفسدها الشروط التي لا يقتضيها العقد (وله) أي للمؤجر (أجر مثله لا يجاوز به المسمى) وعند زفر والثلاثة يجب أجر

المثل بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لاقيمة لها الا أنها قومت بالعقد ضرورة والزائد عليها قيمة غير مقصودة فيسقط بخلاف البيع لان تقوم الاعيان ليس بضروري هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى أو لعدم التسمية فان كان لجهالة المسمى أو لعدم التسمية يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل أن يسمى دابة أو ثوبا أو يستأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها أو يرممها وقالوا اذا استأجر دارا على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ (فان أجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر) واحد لان لفظة كل للعموم وقد يتعذر العمل بها لان الشهور لانهاية لها والواحد معين فيصح فيه وفي قول عن الشافعي يبطل وعند مالك يصح في الكل وبه قال أحمد في رواية وأشار بقوله (فقط) الى أنه لا يصح أكثر من شهر ثم اذا تم الشهر كان لكل منهما نقض الاجارة بشرط أن يكون الآخر حاضرا وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الآخر وعند أبي يوسف يجوز (الا ان يسمى الكل) أي الا أن يعين كل الاشهر لانه حينئذ تعلم المدة فيصح العقد فيها بالاجماع (وكل شهر سكن أوله) أي أول شهر (ساعة صح فيه) أي في ذلك الشهر الذي سكن فيه ساعة لحصول رضاهما بذلك ولم يكن للمؤجر اخراجه الى أن ينقضي لرضاه بسكناه وعند الشافعي لا يصح وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر ويومها وبه يفتى ولو فسخ في اثناء الشهر لم ينفسخ وقيل ينفسخ اذا خرج الشهر ولو قال في اثناء الشهر فسخت رأس الشهر تنفسخ اذا أهل الشهر بلا شبهة ولو قدم أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الاجرة لا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المعجل أجرته (وان استأجرها) أي الدار (سنة صح) الايجار (وان لم يسم أجرة كل شهر) يعني بعد ما سمى الاجرة جملة لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فيصح ويقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان (وابتداء المدة) أي مدة الاجارة (من وقت العقد) كالاجل واليمين أن لا يكلم فلانا شهرا (فان كان) عقد الاجارة (حين يهل الهلال (يعتبر الاهلة) في شهور المدة (والا) أي وان لم يكن حين يهل بل كان بعد ما مضى شئ من الشهر (فالايام) أي فتعتبر الايام في الشهور بالعدد وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوما وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يتم الشهر الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الاصل في الشهور اعتبارها بالاهلة عند الامكان وقد أمكن ذلك في الشهور المتخللة وتعذر في الاول فيكمل بأيام الشهر الآخر وله أن الشهر الاول يتم بأيام وبليلة من الشهر المتصل به فيبدأ الشهر الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر المدة كل شهر ثلاثون يوما والسنة ثلثمائة وستون يوما (وصح أخذ أجرة الحمام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام دخل الحمام بالجحفة ولتعارف الناس ومنهم من كره الحمام لانه عليه الصلاة والسلام سماه شر بيت فانه تنكشف فيه العورات ومنهم من كرهه للنساء لانهن ممنوعات عن الخروج والصحيح أنه لا بأس باتيان الحمامات للرجال والنساء جميعا للضرورة (و) كذا يصح أجرة (الحجام) لانه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى أجرته وقالت الظاهرية لا يحل لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان وبه قال أحمد قلنا انه منسوخ (لا) يصح أخذ أجرة عسب (التيس) لما روينا وهو

قول المصنف لا التيس هكذا وقع بخط المؤلف في الشرح والذي بخط الغزي لا أجرة عسب التيس اهـ من هامش

أن يستأجر التيس لينزو على غنمه وعن بعض الشافعية والحنابلة صح أخذ أجرة عسب التيس
(و) كذا لا يصح أخذ أجرة (الاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه) لان القربة تقع
عن العامل ولقوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به بخلاف بناء المساجد وأداء
الزكاة وكتابة المصحف والفقه وتعليم العلوم الادبية وقال الشافعي رحمه الله يجوز في كل
ما لا يتعين على الاجير وعند مالك يجوز على الامامة اذا جمعها مع الاذان وفي تتمة الفتاوى
الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز كالاستئجار لتعليم القرآن وفي الاستئجار لتعليم الحرف
روايتان في رواية المبسوط يجوز وفي رواية القدوري لا يجوز وذكر شمس الائمة السرخسي أن
مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة في جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن فنحن أيضا
نفتي بالجواز ثم قال فيها استأجر انسانا ليعلم غلامه أو ولده شعرا أو أدبا أو حرفة مثل الخياطة
ونحوها فالكل سواء ان بين المدة بأن استأجره شهرا ليعلمه هذا العمل يجوز ويصح وينعقد
العقد على المدة حتى انه يستحق الاجرة تعلم أو لم يتعلم اذا سلم الاستاذ نفسه لذلك أما اذا لم يبين
المدة فينعقد لكن فاسدا حتى لو علم استحق أجرة المثل والا فلا وكذا تعليم سائر الاعمال كالخط
والهجاء والحساب على هذا ولو شرط عليه أن يحذقه في ذلك العمل فهو غير جائز لان التحذيق
ليس في وسعه (والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن) وهو مذهب المتأخرين
من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك لظهور التواني في الامور الدينية وكسل الناس في الاحتساب
وكذا يجوز على الامامة في هذا اليوم لان الائمة كانت لهم عطيات في بيت المال وانقطعت
اليوم بسبب استيلاء الظلمة عليها وفي روضة الزندويسي كان شيخنا ابو محمد عبد الله الخيزاخزي
يقول في زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجر ولا يجوز استئجار المصحف وكتب
الفقه لعدم التعارف (ولا يجوز) أخذ الاجرة (على الغناء والنوح والملاهي) لان المعصية
لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر وان أعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه
رده على صاحبه وفي المحيط اذا أخذ المال من غير شرط يباح لانه عن طوع من غير عقد
وفي شرح الكافي ولا تجوز الاجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل أو شيء من
اللهو ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك والطبل انما كان منهيا اذا كان
للهو اما اذا كان لغيره فلا بأس به كطبل الغزاة وطبل العرس وفي الاجناس ولا بأس
أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليشتهر بذلك ويعلن به النكاح وفي فتاوى الولوالجي
رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان للهو لا يجوز وان كان للغزو أو القافلة يجوز
لانه طاعة (وفسد اجارة المشاع الا من الشريك) صورته أن يؤجر نصف دار مشتركة بينه
وبين آخر من رجل ليسكنها لا يجوز عند أبي حنيفة الا من شريكه وقالا يجوز مطلقا لانه
نوع تمليك فيجوز كالبيع وبه قال الشافعي ومالك وله أنه عقد والغرض منه الانتفاع
وهو لا يتصور بالمشاع فلا بد من التهايؤ فيصير كل منهما نائبا عن الآخر في النصف في نوبته
والمالك لا يصح نائبا عن المستأجر والحيلة في جواز اجارة المشاع أن يستأجر الكل ثم يفسخ
في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارئ لا يفسد كما في الهبة أو يحكم الحاكم بجوازه وفي
المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما (وصح استئجار الظئر) وهي المرضعة (بأجرة

معلومة)

معلومة) لاجماع الامة عليه (و) صح استئجارها (بطعامها وكسوتها) عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة وبه قال الشافعي وله أن العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد فلم تكن الجهالة مفضية الى المنازعة (ولا يمنع زوجها) أي زوج الظئر (من وطئها) لانه حقه ولهذا له فسخ الاجارة اذا لم يكن علم بها سواء كان يشينه اجارتها بأن كان وجيها بين الناس أو لم يكن في الاصح ولكن للمستأجر منعه من دخول بيته لان المنزل له وعند مالك يمنع من الوطء (فان حبلت) الظئر (أو مرضت فسخت) الاجارة لان الحبلى والمريضة تضر بالصغير وهي أيضا يضرها الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا للضرر عنهما وكذا يفسخ اذا تقيأ لبنها أو كانت سارقة أو فاجرة بائنا فجورها بخلاف ما اذا كانت كافرة وكذا اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها يفسخ ولها أيضا فسخها اذا كانت تتأذى منهم وكذا اذا لم تجر لها عادة بالارضاع وكذا اذا عيروها به ولا تفسخ بموت أب الصبي لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال أو لم يكن ولو سافرت هي أو اهل الصبي تفسخ الاجارة (وعليها) أي على الظئر (اصلاح طعام الصبي) اعتبارا للعرف وكذا تغسل ثيابه وغير ذلك مما جرت به العادة (فان أرضعته) أي فان أرضعت الظئر الصبي (بلبن شاة فلا أجر) لها لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وفي المحيط لو استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا لا يجوز لان للبن البهائم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة (ولو دفع) رجل لنساج (غزلا لينسجه بنصفه) أي بنصف الغزل (أو استأجره) أي أو استأجر أحدا (ليحمل طعامه) الى بيته (بقفيز منه) أي من الطعام بان جعل القفيز أجرته (أو) استأجر أحدا (ليخبز له كذا) من الخبز (اليوم بدرهم لم يجز) الاجارة في الصور الثلاث أما في الاولى والثانية فلانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فصار في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه الصلاة والسلام وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه فاذا نسج أو حمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى وكان مشايخ بلخ ونسف يجوزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك وأما في الثالثة فلان المعقود عليه مجهول هذا عند أبي حنيفة وقالا هذه جائزة ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل وعن أبي حنيفة أنه اذا سمى عملا وقال في اليوم جازت الاجارة لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت في فانه يقتضي الاستغراق ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع (وان استأجر أرضا على أن يكربها) من كرب الارض اذا أصلحها بالمحراث ثم زرعها ومضارعه يكرب من باب نصر ينصر ومادته كاف وراء وباء موحدة وكرب أيضا اذا أخذ الكرب من النخل (و) أن (يزرعها أو) استأجرها على أن (يسقيها ويزرعها صح) الايجار لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة لا تتأتى الا بالكراب والسقي (وان شرط) في الاجارة (أن يثنيها) من الاثناء وهو أن يعيد الحرث بالمحراث بعد الحرث الاول مبالغة فيه (أو) أن (يكري انهارها) من كريت النهر بالفتح كريا أي حفرته (أو يسرقنها) من سرقنت

الارض اذا جعلت فيها السرقين وهو الزبل وهو لفظ معرب ويقال له سرجين أيضا (أو يزرعها) أى الارض (بزارعة أرض أخرى) بان جعلت زراعة الارض الاخرى أجرة لها (لا) يصح لان هذه شروط لا يقتضيها العقد لان أثر التثنية وكرى الانهار والسرقنة يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة فيكون فيه نفع صاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد حتى لو كانت بحيث لا يبقى لهذه أثر بعد المدة بان كانت طويلة أو كان الريع لا يحصل الا بها لا يفسد اشتراطها الانها حينئذ مما يقتضيه العقد لان من الاراضى ما لا تخرج الريع الا بالكراب مرارا وبالسرقنة وقد يحتاج الى كرى الجداول ولا يبقى أثره الى القابل عادة بخلاف كرى الانهار لان أثره يبقى الى القابل عادة وفى لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال كرى الانهار لانها مطلقة تتناول الانهار العظام دون الجداول واما استئجار الارض ليزرعها بأرض أخرى ليزرعها الآخر فهو بيع الشئ بجنسه نسيئة وهو حرام خلافا للثلاثة (كاجارة السكنى) أى كما لا تجوز اجارة السكنى (بالسكنى) أو الركوب بالركوب لما ذكرنا خلافا للثلاثة أيضا ثم لو استوفى أحدهما المنفعة فعليه أجر المثل فى ظاهر الرواية وعن الكرخى عن أبى يوسف انه لا شئ عليه (ولو استأجره) أى فلانا (لحمل طعام) مشترك (بينهما فلا أجر له) اى الذى سماه ولا أجر المثل وقال الشافعى تجوز هذه الاجارة ويجب المسمى لانه أوفى المشروط عليه وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه لا يتميز عمله لنفسه من عمله لشريكه فوقع الشك فلا يجب به (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) فانه لا يجوز لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره منه (وان استأجر) رجل (أرضا ولم يذكر أنه يزرعها) أى الارض (او) لم يذكر انه (أى شئ يزرعها فزرعها فمضى الاجل) أى مدة الاجارة (فله) أى فللمؤجر (المسمى) من الاجرة لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيام وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى يبين أنه يزرعها ويبين جنس ما يزرع فيها فان زرعها ومضى الاجل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مجيئه وفيه خلاف زفر أيضا (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل) عليه (ما يحمل الناس فنفق) أى هلك الحمار (لم يضمن) لان العين أمانة فى يده وان كانت الاجارة فاسدة ولم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا اجر عليه (وان بلغ) الحمار معه (الى مكة فله) أى فللمؤجر (المسمى) لان الفساد كان للجهالة فاذا حمل عليه شيأ يحمل على مثله تعين ذلك فانقلب صحيحا (وان تشاحا) أى وان تنازعا وتخاصما أى المؤجر والمستأجر (قبل الزرع فى المسئلة السابقة (و) قبل (الحمل) على الحمار فى هذه المسئلة (نقضت الاجارة دفعا للفساد) لبقائه قبل ارتفاع الجهالة بالتعيين بالزرع فى المسئلة السابقة وبالحمل فى هذه

---

*هذا (باب) فى بيان أحكام (ضمان الاجير)

وهو من يؤجر نفسه للعمل وهو على نوعين أحدهما (الاجير المشترك) وهو (من يعمل لغير واحد) صفته أنه (لا يستحق الاجر حتى يعمل كالصباغ والقصار) وحكمه أنه أمين (والمتاع فى يده غير مضمون بالهلاك) من غير تعد عند أبى حنيفة لانه أمين وقالا يضمن لان عمر وعليا رضى الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك وبه قال مالك والشافعى فى قول وأحمد فى رواية وبه

أفتى بعضهم وبقول الامام آخرون وأفتى بالصلح جماعة منا (وما) أى والذى (تلف بعمله) أى بعمل الاجير المشترك (كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به الحمل وغرق السفينة من مده مضمون) وقال زفر والشافعى غير مضمون لانه مأمور بالعمل مطلقا وانه ينتظم السليم والمعيب ولنا أن المقصود هو المصلح دون المفسد فكان هو المأذون فيه دون غيره (ولا يضمن به) أى بغرق السفينة (بنى آدم) بمده أو سقط من الدابة وان كان فى سوقه أو قوده لان الآدمى لا يضمن بالعقد وانما يضمن بالجناية ولو غرقت من موج أو ريح أو صدم جبل أو زوحم الحمال فلا ضمان عليهم لانهم لا فعل لهم فى ذلك (وان انكسر دن فى الطريق ضمن الحمال قيمته) التى تقوم (فى مكان حمله ولا أجر) له (أو) ضمن قيمته (فى موضع انكسر) فيه الدن (و) يجب (أجره بحسابه) أما الضمان فلانه تلف بفعله وأما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن متعديا وانما صار متعديا عند الكسر فيميل الى أى الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته فى الابتداء ولا يجب الاجر وان مال الى كونه مأذونا فيه فى الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته فى موضع الكسر وأعطاه أجره بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بان زلق أو عثر وان كان من غير صنعه بان زحمه الناس فانكسر لا يضمن عند أبى حنيفة لان المتاع أمانة عنده وعندهما يضمن قيمته فى موضع الكسر فيعطيه أجره (ولا يضمن حجام أو بزاغ) وهو البيطار من البزغ وهو الشق (أو فصاد لم يتعد) أى لم يتجاوز (الموضع المعتاد) لعدم العلم بحصول الموت منه الا أن يتجاوز الموضع المعتاد لان ذلك غير مأذون فيه فيضمن نصف دية النفس لانها تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وان لم يهلك يضمن الزائد كله حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرئ المقطوع يجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فيجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لما ذكرنا وهو من أغرب المسائل واندرها حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك (و) الثانى الاجير (الخاص) وهو الذى (يستحق الاجر بتسليم نفسه) للعمل (فى المدة) أى فى مدة الاجارة (وان لم يعمل) ويسمى أجير وحد أيضا لانه يختص به الواحد وهو المستأجر وليس له أن يعمل لغيره لان منافعه صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنعه من العمل مانع كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل ثم فسره بقوله (كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم و) حكمه أنه (لا يضمن ما تلف فى يده أو بعمله) لان العين أمانة فى يده لانه قبضها بالاذن وهذا بالاجماع الا فى وجه للشافعى انه يضمن (وصح ترديد الاجر) أى جعله مترددا بين التسميتين (بترديد العمل) أى بسبب ترديد العمل (فى الثوب نوعا) أى من حيث النوع بأن قال ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين (وزمانا) أى ومن حيث الزمان بأن قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم وقوله (فى الاول) اى فى الشرط الاول قيد لقوله زمانا فقط لان الترديد اذا كان فى النوع يجوز بلا خلاف بين علمائنا الثلاثة حتى اذا عمل أى العملين فى الخياطة الفارسية والرومية استحق ما سماه أجرا وعند زفر والثلاثة لا يجوز لجهالة المعقود عليه للحال ولنا انهما عملان مختلفان ببدلين مختلفين وكل واحد معلوم فيتعين احدهما

باختياره وترتفع الجهالة المفضية للمنازعة واذا كان الترديد في الزمان يصح في الاول دون
الزمان الثاني حتى اذا خاطه اليوم في قوله ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف
درهم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله لا يتجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة وعندهما
يصح في الاول والثاني حتى اذا خاطه اليوم فله درهم واذا خاطه غدا فله نصف درهم وعند زفر
والثلاثة لا يصح لا في الاول ولا في الثاني لما ذكرنا لهما انهما عقدان ببدلين مختلفين فيصح كلاهما
وله أن الشرط الثاني عقد آخر فقد حصلت فيه تسميتان لان الموجود في اليوم الاول تسمية
واحدة لان الثانية مضافة فصحت الاولى فاذا جازت التسمية الثانية اجتمع في الغد تسميتان
والتسميتان في عقد واحد مفسدة فوجب أجر المثل (و) صح الترديد أيضا (في الدكان) بان قال
ان سكنت هذه الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان سكنتها حدادا فبدرهمين فالعقد جائز عند
أبي حنيفة وقالا لا يصح لان المعقود عليه واحد والاجران مختلفان ولا ندري أيهما يجب فلا
يصح وبه قال زفر والثلاثة وله ان أقل الاجرتين تجب بتسليم المحل والزيادة موقوفة على ظهور
العمل ولو كان كل الاجر موقوفا على ذلك كما في مسئلة الخياطة الرومية والفارسية جاز وهذا أولى
(و) في (البيت) أيضا مثل الدكان (و) صح ترديد الاجرة في (الدابة) أيضا (مسافة) أي من حيث
المسافة بأن قال أجرتك هذه الدابة الى بغداد بعشرين درهما والى الكوفة بعشرة دراهم
(وحملا) أي من حيث الحمل بأن قال أجرتكها على انك ان حملت عليها قنطارا من زيت فبعشرة
وان حملت عليها قنطارا من حديد فبمائة فالعقد جائز فيهما عند أبي حنيفة خلافا لهما وزفر
والثلاثة وكذا الحكم اذا كان الترديد بين ثلاثة أشياء ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا في خيار
التعيين في البيع (ولا يسافر) المستأجر (بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) السفر لان مطلق
العقد يتناول الخدمة في الحضر وعليه عرف الناس بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث
لا يتقيد بالحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه الا اذا شرط وقت الاجارة أو يكون
متهيأ للسفر وقت الاجارة وعرف بذلك ولو سافر به ضمن لانه غاصب ولا أجر عليه وان سلم لان
الضمان والاجر لا يجتمعان وعند الثلاثة له أجر المثل (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور)
استأجره من نفسه (أجرا دفعه لعمله) أي لاجل عمل العبد ومعناه لا يسترد الاجر الذي دفعه
اليه لانه خرج عن ملكه لعمله فليس له أن يسترده وعند الثلاثة يأخذ وعليه أجر المثل وهو
القياس وكذا الحكم في الصبي المحجور عليه اذا أجر نفسه فالاجر له ولو أعتقه المولى في نصف
المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للسيد وأجر ما يستقبل للعبد وان أجره المولى
ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فأجر ما مضى للمولى وان أجاز فأجر
ما يستقبل للعبد والقبض للمولى واذا هلك العبد المحجور في حالة الاستعمال يجب عليه قيمته
ولا يجب عليه الاجر (ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره) أي من أجر العبد اذا أجر
نفسه وهو في يد الغاصب عند أبي حنيفة وقالا عليه ضمانه لانه أتلف مال الغير بغير اذنه وله أن
الضمان انما يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده أو بيد
نائبه وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه فصار كما لو أجره
الغاصب وأخذ أجره فأكله حيث لا ضمان عليه (ولو وجده) أي ولو وجد ما في يد العبد من

الاجرة (ربه) أي سيده (أخذه) لانه عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك (وصح قبض العبد أجره) من المستأجر بالاجماع لانه المباشر للعقد (ولو أجر) رجل (عبده هذين الشهرين) أجر (شهرا بأربعة) دراهم (وشهرا بخمسة) دراهم (صح) هذا الايجار (والاول) من الشهرين يكون (بأربعة) لانه قال أولا شهرا بأربعة انصرف الى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه (ولو اختلفا) أي المؤجر والمستأجر (في اباق العبد ومرضه) بأن قال المستأجر في آخر الشهر ابق أو مرض في المدة وكانت الاجارة شهرا مثلا وأنكر المولى ذلك أو أنكر استناده الى أول المدة فقال اصابه قبل أن يأتيني بساعة (حكم الحال) أي يجعل الحال حكما بينهما فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر (والقول لرب الثوب في القميص والقباء) فان اختلف رب الثوب والصانع في المخيط فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا (و) كذا (في الحمرة والصفرة) بأن قال صاحب الثوب أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر أو قال الصباغ بل أمرتني أصفر (و) كذا (في الاجر وعدمه) بأن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بل بأجر فالقول في الكل قول المستأجر اما في الاولين فلان الاذن يستفاد من جهته فكان أعلم بكيفيته فيكون القول قوله مع يمينه فاذا حلف يضمن الخياط والصباغ ثم صاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمولا فله أجر مثله ولا يجاوز به المسمى وعن محمد أنه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن أبي ليلى القول قول الصباغ وأما في الثالث وهو مسئلة الاجرة فلان المستأجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه والقول قول المنكر هذا عند أبي حنيفة وعند أحمد والشافعي القول للصانع وقال أبو يوسف ان كان هذا الصانع حريفا له أي معاملا فالقول قوله لان عادته اذا سبقت له بالعمل بأجرة فالعادة كالمنطوق وقال محمد ان كان معروفا أنه يعمل تلك الصنعة بالاجرة فالقول قوله لشهادة الظاهر لدعواه وبه يفتى

* هذا (باب) في بيان أحكام (فسخ الاجارة) *

وهو نقضها (وتفسخ) الاجارة (بالعيب) بأن وجد بالدار التي استأجرها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ كما في البيع فان استوفى المنافع فقد رضي بالعيب فسقط الخيار ويلزم جميع الاجرة وهذا بالاجماع فان فعل المؤجر ما أزال العيب فلا خيار للمستأجر لزوال الموجب للرد قبل الفسخ (وخراب الدار) بالجر أي تفسخ الاجارة أيضا بخراب الدار المستأجرة (وانقطاع ماء الضيعة) (و) انقطاع ماء (الرحا) وهذا يشير الى أن الاجارة لا تنفسخ بهذه الاشياء وقال بعضهم تنفسخ لفوات المقصود والاول أصح لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها وفي الاصل ان الاجارة في الرحا لا تنفسخ بانقطاع الماء وعن محمد لو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤجر وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة فليس له أن يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستأجر أن يمتنع منه وهذا صريح بأنه لا تنفسخ ولكنه يفسخ ولان اصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء وتتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فيبقى العقد لكن لا أجر على المستأجر ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجرة بحصته لانه بقي شيء من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمته حصته

(وتنفسخ) الاجارة (بموت أحد المتعاقدين) اما المؤجر او المستأجر وقال الشافعى لا تبطل بموت احدهما ولا بموتهما كالبيع وبه قال مالك واحمد ولنا ان المنافع والاجرة صارت ملكا للورثة والعقد السابق لم يوجد منهم فتنتقض وقيد بقوله (ان عقدها) اى ان عقد الاجارة احد المتعاقدين (لنفسه) احترازا عن الوكيل والوصى ومتولى الوقف فانها لا تنفسخ بموتهم بالاجماع (وان عقدها) اى الاجارة احد المتعاقدين لغيره بأن كان وكيلا او وصيا كما ذكرنا (لا) تنفسخ الاجارة بموته ولو مات احد المستأجرين أو أحد المؤجرين بطلت الاجارة فى نصيبه وبقيت فى نصيب الحى وقال زفر تبطل فى نصيب الحى أيضا (وتفسخ) الاجارة (بخيار الشرط) مثلا اذا شرط احدهما الخيار لنفسه ثلاثة ايام يجوز وله الفسخ وقال الشافعى لا يجوز اشتراط الخيار فيها وهذا مبنى على ان اضافة الاجارة الى الزمان المستقبل كما اذا اضافها الى شهر رمضان وهو فى شعبان يجوز عندنا فيصح اشتراط الخيار ولا يجوز عنده فلا يصح الخيار (و) كذا تفسخ بخيار (الرؤية) وقال الشافعى لا يجوز استئجار مالم يره للجهالة قلنا الجهالة انما تمنع الجواز اذا كانت تفضى الى المنازعة وهذه لا تفضى لانه اذا لم يوافقه يرده ثم اذا رآه يثبت له خيار الرؤية فيتمكن من الفسخ (و) تفسخ ايضا بتحقق (العذر وهو) اى العذر عجز العاقد عن المضى فى موجبه) اى موجب العقد وهو حكمه (الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق) المستأجر لذلك (به) اى بالعقد ومثل لذلك بقوله (كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع) واستغنى عن القلع (او استأجر رجلا (ليطبخ له طعام الوليمة) وهو طعام العرس (فاختلعت) المرأة (منه) اى من الرجل الذى هو الزوج فبطلت الوليمة أو ماتت المرأة قبل الزفاف (او) استأجر (حانوتا ليتجر) فيه بالبيع والشراء (فافلس) أى افتقر (أو أجر) حانوته أو بيته أو نحوهما (ولزمه دين بعيان) أى بمشاهدة من الناس (أو ببيان) أى أو باقامة بينة عليه (أو باقرار) منه وأشار بهذا الى أنه لا فرق فى ثبوت الدين بين هذه الاشياء اذ بالكل يلحقه الضرر لانه يحبس به فيتضرر (و) الحال انه (لا مال له سواه) أى سوى الحانوت قيد به لانه لو كان له مال غيره لا تفسخ الاجارة (أو استأجر دابة للسفر) أى ليسافر عليها (فبدا له) أى ظهر له ما يوجب المنع (منه) أى من السفر فهذه الاشياء كلها عذر فتفسخ بها الاجارة وقال الشافعى لا تفسخ بالاعذار الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان فتكون كالبيع حقيقة وعندنا هى عقد على المنفعة بعوض وانها تنعقد ساعة فساعة على حسب الحدوث فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض فى البيع فتفسخ به ومذهب شريح أن الاجارة غير لازمة ولكل واحد منهما فسخه ثم قال فى الجامع الصغير كل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى وفى الزيادات أن الامر يرفع الى الحاكم فيفسخ الاجارة كالرجوع فى الهبة قال السرخسى هذا هو الاصح ومنهم من فرق فقال ان كان العذر ظاهرا انفسخ والا فسخه الحاكم قال قاضيخان والمحبوبى هو الاصح (لا) يعنى ليس بعذر اذا بدا ما يوجب المنع من السفر (للمكارى) لانه لا يلزمه ضرر لانه يمكنه أن يقعد ويبعث على يد تلميذه أو أجيره بخلاف المكترى لانه تلزمه مشقة وضرر وربما يفوت ما يسافر لاجله كالحج وطلب الغريم وكذا مرض المكارى ليس بعذر وعن الكرخى انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر لان غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه

الخروج (ولو أحرق) المستأجر (حصائد أرض مستأجرة) وهي جمع حصيدة وهي ما يحصد من
الزرع والنبات (أو) أحرق المستعير حصائد أرض (مستعارة فاحترق) بسببه (شئ في أرض
غيره لم يضمن) لان هذا تسبيب وشرط الضمان التعدى ولم يوجد فصار كحفر بئر في ملك نفسه
فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما في ملكه فاصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر
فلا يشترط فيه التعدى قال السرخسي هذا اذا كانت الرياح هادئة حين أوقد النار ثم تحركت
لانه لا صنع له فيها وأما اذا كانت الرياح مضطربة ينبغي أن يضمن وفي التمرتاشي لو وضع جمرة في
الطريق فاحرقت شيأ ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شئ فاحرقته لا يضمن لان الريح
نسخت فعله ولو أخرج الحداد الحديد من الكير في دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة
وخرج شرار النار الى الطريق العامة وأحرق شيأ ضمن ولو لم يضربه ولكن أخرج الريح شيأ
فاحرق شيأ لم يضمن (وان أقعد خياط أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) أى
هذا الفعل لان هذه شركة الصنائع وتفسيرها ان يكون العمل عليهما وان كان أحدهما يتولى العمل
بحذاقته والآخر يتولى القبول بوجاهته وقال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه وفيه نظر لان
شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف
يتصور ان تكون شركة الوجوه (وان استأجر جملا ليحمل عليه محملا) بفتح الميم الاولى وكسر
الثانية وبالعكس أيضا وهو الهودج الكبير الحجاجي كذا في المغرب (وراكبين) يقعدان فيه (الى
مكة صح) استحسانا لان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يزول
بالصرف الى المعتاد فلذلك قال (وله) أى للمستأجر (المحمل المعتاد) بين الناس والقياس
أن لا يجوز لجهالته وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى (ورؤيته) أى رؤية صاحب الجمل المحمل
(أحب) لانه أقرب لحصول الرضا وعند أحمد لا يصح بغير المشاهدة (و) ان استأجر جملا (لمقدار
زاد) أى لحمل مقدار زاد معين (فأكل منه) أى من الزاد في الطريق (رد عوضه) أى عوض
ما أكل لان المستحق عليه حمل معلوم في جميع الطريق فله استيفاؤه وعند الشافعي في الاظهر
لا يرده ولو شرط رده صح بالاجماع ولو شرط عدمه لا يصح بالاجماع (وتصح الاجارة وفسخها) أى
فسخ الاجارة مضافا الى الزمان المستقبل كما اذا أضافها الى رمضان وهو في شعبان وكذلك اذا
أضاف الفسخ الى زمان مستقبل وعند الشافعي لا يجوز وقد ذكرناه (و) تصح (المزارعة)
أيضا بالاضافة الى المستقبل كما اذا قال وهو في شعبان زارعتك أرضى من أول رمضان (و)
كذا (المعاملة) وهي المساقاة بأن قال ساقيتك بستاني من أول رمضان وهو في شعبان
(و) كذا (المضاربة والوكالة والكفالة والايصاء) بان قال جعلت فلانا وصيى بعد موتى
اذ الايصاء لا يتصور في الحال الا اذا جعل مجازا عن الوكالة (و) كذا (القضاء) بأن قال الامام
اذا جاء رأس الشهر فانت قاض ببلدة فلانية (و) كذا (الامارة) بأن قال اذا جاء رأس الشهر
فانت أمير ببلدة فلانية (و) كذا (الطلاق) بأن قال لامرأته اذا جاء رأس الشهر فانت طالق
لا تطلق حتى يجيء الشهر (و) كذا (العتاق) بأن قال لعبده اذا جاء رأس الشهر فانت حر
(و) كذا (الوقف) بأن قال دارى هذه وقف بعد موتى وقوله (مضافا) نصب على الحال وهو قيد
للمذكورات كلها وتقدير الكلام ويصح كل واحد من الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة

الى آخره حال كونه مضافا الى الزمان المستقبل فعن هذا عرفت أنّ ذا الحال محذوف وهو الذى قدرناه (لا) يصح كل واحد من (البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) حال كونه مضافا الى الزمان المستقبل لانّ هذه الاشياء تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (المكاتب)

هو مفعول من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء وأصله من الكتب وهو الجمع ومنه كتبت القربة اذا خرزتها والكتيبة هى الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب لانه يجمع الابواب والفصول والكتابة لانها تجمع الحروف وسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لانه فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة أو لانّ فيه جمعا بين نجمين فصاعدا أو لانّ كلا منهما يكتب الوثيقة وهو أظهر (الكتابة) فى اللغة مصدر كتب وقد ذكرنا معناه وفى الشرع هى (تحرير المملوك يدا) أى من جهة اليد (فى الحال ورقبة) أى من جهة الرقبة (فى المآل) أى فى المستقبل لانّ المكاتب لا يتحرر رقبة الا اذا أدّى بدل الكتابة وأمّا فى الحال فهو حر من جهة اليد فقط حتى يكون أحق بكسبه ويجب على المولى الضمان بالجناية عليه أو على ماله ولهذا قيل المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل فى ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير (كاتب) رجل (مملوكه ولو) كان (صغيرا يعقل بمال حال) يعنى نقدكله (أو مؤجل) كله الى شهر أو الى سنة مثلا (أو منجم) من التنجيم وهو ان يقسط المال على أشهر بأن يقول كاتبتك على ألف درهم الى سنة على أن تعطى كل شهر كذا (وقبل) العبد ذلك (صح) أى عقد الكتابة أمّا نفس الكتابة فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية وهى مطلقة فتتناول جميع ما ذكرنا من الحالّ والمؤجل والمنجم والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب وقال الشافعى لا تجوز كتابة الصغير والخلاف مبنى على مسئلة اذن الصبى للتجارة وبقوله قال أحمد وانما شرطنا العقل لانه اذا لم يعقل العقد لم يكن من أهل القبول والعقد متوقف عليه وأثبت الخلاف فى المنظومة فيما اذا كان العبد صغيرا وكاتبه حيث قال لو كاتب العبد الصغير يهدر وقال فى الحقائق كاتب عبده الصغير ا يجوز عندنا ويكون بمنزلة الكبير فى جميع الاحكام خلافا للشافعى ورأيت فى العمدة فى تقرير مذهبنا ثم ان كان لا يعقل يقبل عنه بنفسه وان كان يعقل يأمره بقبوله فصار خلاف الشافعى فى الموضعين الاوّل أن يكاتب عبده الصغير لا يجوز والثانى أن يكون المكاتب صغيرا لا يجوز وان كان مميزا سواء أذن له وليه أو لا فعلى هذا قول الشيخ ولو صغيرا يحتمل الوجهين أى ولو كان العبد صغيرا أو ولو كان المولى صغيرا وكذا لا تجوز عند الشافعى الكتابة الحالة لعجزه عن بدلها وبه قال مالك وأحمد ولنا اطلاق ما تلونا وأمّا اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه وذلك بالقبول فلا يعتق الا بأداء جميع البدل لقوله عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقى عليه من كتابته درهم رواه أبو داود واختلفت الصحابة رضى الله عنهم فيه فذهب علىّ رضى الله عنه انه يعتق بقدر ما أدّى اعتبارا للجزء بالكل ومذهب ابن مسعود رضى الله عنه انه يعتق اذا أدّى قدر قيمته لانه يقوم مقامه ويندفع به الضرر عن المولى والباقى دين فى ذمته ومذهب ابن عباس رضى الله عنهما انه يعتق بنفس العقد ويكون البدل دينا فى ذمته

ومذهب زيد بن ثابت رضى الله عنه انه لا يعتق منه شئ حتى يؤدى الكل وبه أخذ علماء الامصار لما روينا ويعتق باداء البدل وان لم يقل المولى اذا أديت الى فانت حر وقال الشافعى لا يعتق الا اذا قال له ذلك ولا يجب عليه حط شئ من بدل الكتابة وقال الشافعى يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضى الله عنه لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم أمر وهو للوجوب قلنا الامر للندب بدليل ما تقدم من الكتابة فانه للندب فكذا هذا (وكذا) يصح عقد الكتابة (ان قال) المولى (جعلت عليك ألفا تؤديه) اداء (نجوما) أى متفرقا على أنجم (أول النجم كذا) من الدراهم (وآخره كذا) منها (فاذا أديته) أى الالف (فانت حر والا) أى وان لم تؤده (فقن) أى فانت قن على حالك هذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان فيه تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان أن العبرة للمعانى وقد أتى بمعنى الكتابة مفسرا فتنعقد به وقوله اذا أديته فانت حر لا بد منه لان ما قبله يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه يترجح جانب الكتابة وقوله والا فقن فضلة فى الكلام لا يحتاج اليه (فيخرج) أى اذا صحت الكتابة يخرج المكاتب (من يده) أى من يد المولى لان موجب الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب ولهذا ليس له المنع من الخروج والسفر (دون ملكه) يعنى لا يخرج من ملك المولى لما روينا (وغرم) المولى العقر (ان وطئ مكاتبته) لانها أحق بمنافعها وباجزائها من مولاها وعند أحمد لو شرط وطئها فى العقد لا يغرم (أو جنى) المولى (عليها) أى على المكاتبة يغرم أرشها (أو) جنى (على ولدها) أى ولد المكاتبة (أو أتلف) المولى (مالها) أى مال المكاتبة لانها أحق باكسابها وعند مالك لا يضمن وقال الكرخى فى مختصره أما المكاتب فجناية المولى عليه تلزم المولى وجناية المكاتب على سيده تلزم المكاتب وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب أو ماله يلزم كل واحد منهما ما جنى على صاحبه فى نفسه أو ماله وفى الكفاية للبيهقى جناية المولى على مكاتبه عمدا لا توجب القود لاجل الشبهة ولو قتل المكاتب مولاه عمدا يجب القود (وان كاتبه) أى وان كاتب رجل عبده (على خمر أو خنزير أو) كاتبه على (قيمته) أى قيمة نفسه أى نفس العبد (أو) كاتبه على (عين لغيره أو) كاتبه على (مائة) دينار (ليرد سيده) عليه (وصيفا فسد) عقد الكتابة فى هذه الصور كلها أما الكتابة على خمر وخنزير فلانه ليس بمال فى حق المسلم فلا يصلح عوضا فيفسد وأما اذا كاتبه على قيمة نفسه فلانها مجهولة القدر ثم اذا أدى قيمته عتق لانها هى البدل وأما اذا كاتبه على عين غيره فلعدم القدرة على تسليمه والمراد به شئ يتعين فى التعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين حتى لو كاتبه على دراهم أو دنانير بعينها وهى لغيره يجوز وعن أبى حنيفة رضى الله عنه أنها على عين الغير جائزة حتى لو ملكها العبد وسلمها الى المولى عتق وان عجز رد فى الرق وأما اذا كاتبه على مائة دينار فالمذكور هنا قولهما وقال أبو يوسف تجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فما أصاب الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقى لان كلما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه منه وتجوز الكتابة على وصيف فكذا يجوز استثناؤه ولهما أن بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف ولانه عقد مشتمل على بيع وكتابة فيبطل لجهالة الثمن والمثمن (فان أدى) المكاتب (الخمر عتق) وان كان فاسدا فيعتق بالاداء وقال زفر لا يعتق الا بأداء قيمة نفسه لان

البدل فى الكتابة الفاسدة هو القيمة وعن أبى يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى وعن أبى حنيفة ومحمد أنه يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها الى فأنت حر باعتبار أنه معلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتب على ميتة أو دم فانه لا يعتق الا فى صورة التعليق وفى ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر وكذا الخنزير لانهما مال فى الجملة وان لم يكن لهما قيمة فى حق المسلمين وأما الميتة والدم فليسا بمال أصلا عند أحد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق صريحا (وسعى) المكاتب (فى قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد ولكن تعذر بالعتق فيجب عليه رد قيمته (ولم تنقص) قيمته (من المسمى) لانه عقد فاسد فتجب فيه القيمة بالغة ما بلغت (وزيد عليه) أى على المسمى اذا زادت قيمته لانه يرضى بالزيادة لينال شرف الحرية فيزاد عليه عند ازدياد القيمة على المسمى (وصح) عقد الكتابة (على حيوان غير موصوف) اذا بين جنسه وأجمل نوعه ووصفه كالعبد والوصف ينصرف الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة لان الوسط لا يعلم الا بها وقال الشافعى لا يجوز هذا العقد للجهالة ولنا أن ابن عمر رضى الله عنهما أجاز الكتابة على وصيف (أو) كاتب (كافر عبده الكافر على خمر) صح هذا أيضا لان الخمر مال عندهم واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسدا ويجب فيه القيمة (وأى) الاثنين من المولى والعبد (أسلم فله) أى فللمولى (قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها (وعتق) العبد المذكور (بقبضها) أى بقبض المولى قيمة الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض الآخر للآخر وان أدى الخمر عتق أيضا لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء الخمر اذ هى المذكورة فى العقد كذا فى شرح الجامع الصغير للنيسابورى وفى شرح الطحاوى والتمرتاشى لو أدى الخمر لا يعتق ولو أدى القيمة يعتق والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (ما يجوز للمكاتب أن يفعله) وما لا يجوز

(للمكاتب البيع والشراء والسفر) لانه لا يقدر على تحصيل البدل الا بها وقوله (وان شرط) المولى (أن لا يخرج) المكاتب (من المصر) متصل بما قبله أى له أن يسافر وان شرط عليه المولى أن لا يخرج من البلد لكونه شرطا مخالفا لمقتضى عقد الكتابة وعند مالك والشافعى فى قول لا يسافر الا باذن (و) للمكاتب أيضا (تزويج أمته) لانه من باب الاكتساب وليس له تزويج عبده ولا تزويج المكاتبة نفسها لقيام ملك المولى فيهما (و) للمكاتب أيضا (كتابة عبده) وقال زفر ليس له ذلك وهو القياس وبه قال الشافعى وأحمد ولنا انه كالبيع بل هو أنفع منه فاذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة (والولاء له) أى للمكاتب (ان أدى) الثانى الكتابة (بعد عتقه) أى بعد عتق الاول (والا) أى وان لم يؤد المكاتب الثانى المال الى المكاتب الاول بعد عتق الاول بل أداه قبل أن يعتق كان الولاء (لسيده) لا للمكاتب الاول لتعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم أهلية الاعتاق فيخلفه فيه أقرب الناس اليه وهو مولاه ولو أدى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء فى ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الاصل وهى الام (لا) يجوز للمكاتب (التزوج بلا اذن) من المولى لانه ليس من الاكتساب ويجوز باذنه لان الحجر

لاجله

لاجله فاذا أذن جاز (و) لايجوز له (الهبة والتصدق) أيضا لانهما تبرع (الا يسير) منهما لانه من ضرورات التجارة ولايهب بعوض أيضا لانه تبرع ابتداء (و) لايجوز له أيضا (التكفل) سواء كان فى المال أو فى النفس وبامر وغيره لانه تبرع محض (و) لايجوز له أيضا (الاقراض) لانه تبرع (و) لايجوز له أيضا (اعتاق عبده ولو) كان اعتاقه (بمال) لانه ليس بأهل له (و) كذا لايجوز له (بيع) العبد (من نفسه) لانه اعتاق (و) لايجوز له أيضا (تزويج عبده) لانه نقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة بخلاف تزويج الامة كما ذكرنا (والاب والوصى فى رقيق الصغير) الذى تحت حجرهما (كالمكاتب) فى التصرفات المذكورة لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان ما يملكه من تزويج الامة وكتابة مملوك الصغير (ولا يملك مضارب وشريك شيأ منه) أى من الامر المذكور لانهما لايملكان الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وكذلك حكم المأذون له وقال أبو يوسف يملكون تزويج الامة وقدمر الكلام فيه (ولو اشترى) المكاتب (اباه أو ابنه تكاتب عليه) يعنى دخل فى كتابته لانه من أهل ان يكاتب فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان وذكر الاب والابن اتفاقى لان الحكم لايختص بهما بل بجميع من له قرابة الولاد فانهم يدخلون فى كتابته تبعا له وأقواهم دخولا الولد المولود فى الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعلى هذا يتفاوتون فى الاحكام فان الولد المولود فى الكتابة يكون حكمه كحكم أبيه حتى اذا مات أبوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم أبيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا يرد فى الرق والوالدان يردان فى الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا (ولو اشترى) المكاتب (أخاه ونحوه) مثل ابن أخيه وعمه وابن عمه (لا) يتكاتب عليه عند أبى حنيفة فيجوز له بيعه وقالا يتكاتب عليه فلا يجوز بيعه اعتبارا بقرابة الولاد وله أن العتق والكتابة مبنيان على الملك ولا ملك للمكاتب فى كسبه الا فيما يقربه الى المقصود وعند الثلاثة لو اشترى بلا اذن السيد لا يتكاتب ولا يصح شراؤه وبالاذن يصح (ولو اشترى) المكاتب (ام ولده معه) أى مع ولده منها (لم يجز بيعها) لان الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعها لما ذكر فتتبعه أمه فيه فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها ولا تدخل فى كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له أن يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير أنها لها أن تبيعه كيفما كان لان الحرية لم تثبت من جهتها ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند أبى حنيفة خلافا لهما (وان ولد له) أى للمكاتب (ولد من أمته تكاتب عليه) لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه فى الكتابة (وكسبه) أى كسب الولد (له) أى للمكاتب لانه فى حكم مملوكه فكان كسبه له وكذا المكاتبة اذا ولدت ولدا فالحكم كما سبق (وان زوج) المكاتب (امته) من (عبده فكاتبهما) أى فكاتب المكاتب العبد والامة جميعا (فولدت) الامة (دخل الولد (فى كتابتها) أى فى كتابة الامة الام (وكسبه) أى كسب الولد (لها) أى للامة لان الولد يتبع الام فى الاوصاف الحكمية فكان مكاتبا تبعا لها وكانت هى أحق بكسبه من المولى لانه جزؤها ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب (مكاتب او) عبد (مأذون) له فى التجارة (نكح) يعنى تزوج (باذن) من المولى امرأة (حرة بزعمها) أى بزعم المرأة (فولدت فاستحقت فولدها عبد) يعنى رقيق فليس له أن يأخذه بالقيمة عندهما وقال محمد ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق فى الحال اذا

قوله بيعها كذا بخط المؤلف والصواب بيعه اه من هامش

قوله من أمته كذا فى نسخ المتن وليس فى خط الشارح اه من هامش

كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق اذا كانت هى الغارة له لانه اعتمد على قولها فصار مغرورا كالحر فتكون أولاده أحرارا بالقيمة ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام فى الرق والحرية وتركنا هذا فى الحر باجماع الصحابة رضى الله عنهم (وان وطئ) المكاتب (امة) مملوكة له (بشراء فاستحقت) الامة (او) وطئ أمة مملوكة له (بشراء فاسد فردت) الامة يعنى ردها بحكم الفساد على البائع (فالعقر) واجب عليه (فى المكاتبة) يعنى فى حال الكتابة قبل العتق فى الصورتين جميعا (ولو) وطئ المكاتب الامة (بنكاح) بأن تزوجها بغير اذن المولى (اخذ به) أى بالعقر (مذ عتق) يعنى وقت العتق أراد به بعد العتق والفرق أن فى الوجهين الاولين ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة والعقر من توابعها وفى الوجه الثالث لم يظهر لان النكاح ليس من الاكتساب فى شئ فلا تنتظمه الكتابة فلا يظهر فى حق المولى

* هذا (فصل) فى كتابة المدبر وأم الولد وغيرهما (ولدت مكاتبة من سيدها) فلها الخيار ان شاءت (مضت على كتابتها او) ان شاءت (عجزت) نفسها (وهى ام ولده) لانه تلقاها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج الى تصديقها لانها مملوكة له رقبة واذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها لانها أحق باكسابها فاذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة وان ماتت وتركت مالا تؤدى كتابتها منه وما بقى ميراث لولدها لثبوت عتقها فى آخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر وان ولدت ولدا آخر لم يثبت نسبه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك فى مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر أمهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثانى وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد فى بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية (وان كاتب) شخص (ام ولده او مدبره صح) ما فعله من الكتابة لقيام الملك فيهما وان كانت أم الولد غير متقومة عند أبى حنيفة (وعتقت) أم الولد المكاتبة عتقا (مجانا) يعنى بغير شئ يلزمها (بموته) أى بموت المولى وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب أمومية الولد ويسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا أعتقها المولى فى حال حياته (وسعى المدبر) المكاتب بعد موت المولى (فى ثلثى قيمته) ان شاء (او) سعى فى (كل البدل) أى فى جميع بدل الكتابة (بموته) أى بموت المولى حال كونه (فقيرا) أراد أن المولى لم يترك شيأ غيره هذا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يسعى فى الاقل منهما وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى الموضعين فى الخيار والمقدار وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار أما الكلام فى الخيار فبنى على تجزئ الاعتاق وعدمه فعنده لما كان متجزئا بقى ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه بطلت الكتابة وبطل الاجل ووجب عليه أحد المالين فيختار الاقل فلا معنى للتخيير وأما فى المقدار فلمحمد أنه قابل البدل بالكل وقد سلم له الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثى رقبته فلا يسقط منه

شئ

شئ (وان دبر مكاتبه صح) التدبير لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت (فان عجز) عن الكتابة (بقى) حال كونه (مدبرا) لوجود السبب الموجب له (والا) أى وان لم يعجز (سعى فى ثلثى قيمته) ان شاء (او) سعى فى (ثلثى البدل) أى بدل الكتابة وذلك (بموته) اى بموت المولى حال كونه (معسرا) هذا عند أبى حنيفة وقالا يسعى فى الاقل منهما فالخلاف فى الخيار مبنى على تجزئ الاعتاق وعدم تجزئه أما المقدار ههنا فمتفق عليه (وان اعتق) المولى (مكاتبه عتق) لقيام الملك فيه (وسقط البدل) أى بدل الكتابة لانه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه (وان كاتبه) أى وان كاتب المولى عبده (على الف مؤجل فصالحه على نصف) ألف (حال صح) الصلح والقياس أن لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا وجه الاستحسان أنه شرع مع المنافى اذ الاصل أن لا يجرى هذا العقد بين المولى وعبده اذ العبد وما فى يده لمولاه والاجل أيضا ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر (مات مريض) وهو الذى قد كان (كاتب عبده على الفين الى سنة و) الحال ان (قيمته) أى قيمة العبد (الف) درهم (ولم تجز الورثة) ذلك ولا مال له غيره (ادى) المكاتب (ثلثى البدل) وهو الالفان أداء (حالا و) أدى (الباقى الى أجله) أى عند انتهاء أجله (او رد) الى حالته الاولى (رقيقا) عندهما وعند محمد يؤدى ثلثى الالف حالا والباقى الى أجله أو يرد رقيقا لان ما زاد على قيمته ملك المولى مؤجلا وقيمته ملكه حالا فينفذ فى ثلث هذا وتعجل فى ثلثيه ولهما ان بدل الكتابة قائم مقام الرقبة فينفذ فى ثلثه (وان كاتبه على الف الى سنة و) الحال ان (قيمته الفان ولم يجيزوا) أى الورثة (ادى ثلثى القيمة) أداء (حالا او رد) الى حالته الاولى (رقيقا) بالاجماع لان المحاباة هنا حصلت فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما (حر كاتب عن عبد) بأن قال لمولاه كاتب عبدك فلانا (بالف) درهم على انى ان أديت لك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط (وادى) الحر الالف (عتق) العبد بحكم الشرط (فان قبل العبد) هذا الامر بعدما بلغه (فهو مكاتب) لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على انى ان أديت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفى الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب فى تعليق العتق باداء القائل فيصح فى حق هذا الحكم ويتوقف فى لزوم الالف العبد وقيل هى هذه صورة مسئلة الكتاب ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع (وان كاتب) المولى العبد (الحاضر (و) العبد (الغائب) بأن قال الحاضر لمولاه كاتبنى بألف درهم على نفسى وعلى فلان الغائب عند آخر لمولاه (وقبل) العبد (الحاضر) هذه الكتابة (صح) أى الكتابة والتذكير باعتبار العقد والقياس أن لا يجوز الا عن نفسه لولايته عليها ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر باضافته العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل أولادها فى كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم شئ من البدل فاذا كان كذلك ينفرد به الحاضر ويستغنى عن شرط رضا الغائب ويطالب الحاضر بكل البدل لان كله عليه دون الغائب ولا يعتبر اجازة الغائب ولا رده ولا يؤاخذ بالبدل ولا بشئ منه ولو اكتسب شيأ ليس للمولى أن يأخذه من يده وليس له أن يبيعه من غيره لانه مكاتب تبعا ولو أبرأه المولى أو وهبه له عتقا جميعا ولو أعتق الغائب سقط

عن الحاضر حصته من البدل فلو أعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط حصة الحاضر من الكتابة ويؤدى الغائب حصته حالا والارد فى الرق (واى) أى أى واحد من الاثنين وهما الحاضر والغائب (ادى) بدل الكتابة (عتقا) أى الحاضر والغائب جميعا لوجود شرط عتقهما وهو اداء بدل الكتابة ويجبر المولى على القبول (ولا يرجع) المؤدى منهما (على صاحبه) بما أدى الى المولى من بدل الكتابة أما الحاضر فلانه قضى دينا عليه وأما الغائب فلانه ادى بغير أمره (ولا يؤخذ) العبد (الغائب بشئ) من بدل الكتابة لانه لا دين عليه اذ لم يلتزم شيأ وانما دخل فى الكتابة تبعا كما ذكرنا (وقبوله) أى قبول الغائب الكتابة (لغو) لا يعتبر وكذا رده اياها كما ذكرنا (وان كاتبت) أى الامة (عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح) عقد هذه الكتابة استحسانا والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجههما فى المسئلة السابقة (واى) واحد من الثلاثة وهم الام والابنان (ادى) بدل الكتابة (لم يرجع) على صاحبه ويجبر المولى على القبول وقبول الابنين الكتابة وردهما لا يعتبر ولو أعتق المولى الام بقى عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يؤديانه فى الحال ويطالب المولى الام بالبدل دونهما ولو أعتقهما سقط عنها حصتهما وعليها الباقى على نجومها ولو اكتسبا شيأ ليس للمولى أخذه ولا له أن يبيعهما ولو أبراهما عن الدين أو وهبهما لا يصح ولها يصح فتعتق ويعتقان معها والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (كتابة العبد المشترك) بين اثنين *

(عبد) مملوك (لهما) أى لاثنين (اذن أحدهما صاحبه ان يكاتب حظه) أى نصيبه (بألف درهم (و) ان (يقبض بدل الكتابة فكاتب) الشريك المأذون له (وقبض بعضه) أى بعض الالف (فعجز) المكاتب (فالمقبوض) من بدل الكتابة (للقابض) عند أبى حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده وعندهما لا تتجزأ فاذا كان كذلك فانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزئ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزى فهو أصيل فى النصف ووكيل فى النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز ولو كاتبه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عنده وعندهما كله وكان للساكت أن يفسخ بالاجماع قبل أن يؤدى بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه ولو أدى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند أبى حنيفة لان العتق يتجزأ عنده وللساكت أن يأخذ من الذى كاتب نصف ما أخذ من بدل الكتابة ثم ينظر ان كاتب كله بألف لم يرجع على المكاتب بشئ مما أخذه منه شريكه وان كاتب نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب بما أخذه شريكه وعندهما بالاداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه ان كان موسرا والا فعلى العبد كما لو أعتقه وله أن يأخذ نصف ما بقى من الاكساب لانه كسب عبد مشترك (امة) مشتركة (بينهما) أى بين الاثنين (كاتباها فوطئها احدهما) أى أحد الشريكين (فولدت) أى الامة (فادعاه) أى ادعى الواطئ الولد (ثم وطئ) الامة الشريك الآخر (فولدت) الامة ولدا منه (فادعاه) أى الواطئ الثانى صحت دعوته لقيام

ملكه ظاهرا (فعجزت) الامة عن الكتابة بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن فاذا كان كذلك (فهى ام ولد للاول) أى للواطئ الاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (وضمن) الاول (لشريكه) وهو الواطئ الثانى (نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد (و) يضمن (نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (وضمن شريكه) وهو الواطئ الثانى للواطئ الاول (عقرها) أى عقر الامة كاملا (و) يضمن (قيمة الولد) أيضا (وهو) أى الولد (ابنه) أى ابن الواطئ الثانى لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ولكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وهذا كله عند أبى حنيفة وعندهما هى أم ولد للاول وهى مكاتبة كلها وعليه نصف قيمتها الشريكه عند أبى يوسف وعند محمد الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الاخير من الآخر ولا يكون الولد له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبنى على الاختلاف فى تجزئ استيلاد المكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما لا يتجزأ واستيلاد المدبرة يتجزأ بالاجماع (وأى) واحد من الشريكين (دفع العقر الى المكاتبة صح) دفعه لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها (وان دبر) الشريك (الثانى) الامة المذكورة (ولم يطاها) أى الامة (فعجزت) عن الكتابة (بطل التدبير وهى) أى الامة (ام ولد للاول) بالاجماع أما عندهما فلان المستولد يملكها قبل العجز وأما عنده فلانه بالعجز ظهر ان كلها أم ولد للاول وان الثانى لم يكن له فيها ملك والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى أمة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة فكذا هنا وهى أم ولد للاول لانه يملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد للامكان (وضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه تملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا (و) ضمن (نصف عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه (والولد) يكون (للاول) لان دعواه قد صحت وهذا كله بالاجماع (وان كاتباها) أى وان كاتب الشريكان الامة (فحرر احدهما) أى أعتق أحدهما حال كونه (موسرا فعجزت) عن الكتابة (ضمن) المعتق (لشريكه نصف قيمتها) اى قيمة الامة (ورجع) المعتق (به) أى بنصف القيمة الذى ضمنه لشريكه (عليها) أى على الامة عند أبى حنيفة وقالا لا يرجع عليها ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا وأصله ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال عندهما وانفسخت الكتابة ثم الساكت يضمن المعتق ان كان موسرا ولا يرجع المعتق عليها ومن أصل أبى حنيفة أن العتق يتجزأ فجاز اعتاق نصف المكاتبة ولا يؤثر الفساد فى نصيب الساكت زيادة على ما أوجبته الكتابة فلا يظهر ما دامت مكاتبة فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر أثر العتق فيها فكان للساكت الخيارات المذكورة فى الاعتاق وهى ان كان المعتق موسرا فله أن يعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن المعتق فاذا ضمن المعتق كان له أن يرجع على العبد المعتق وان كان المعتق معسرا كان له خيار العتق أو الاستسعاء فافهم (عبد) مملوك (لهما) أى للاثنين (دبره احدهما

ثم اعتقه) الشريك (الآخر) حال كونه (موسرا للمدبر) بكسر الباء وهو الشريك الذى دبر العبد (ان يضمن المعتق نصف قيمته) أى قيمة العبد وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتقه (وان حرره) أى وان أعتق العبد (أحدهما) أى أحد الشريكين (ثم دبره) الشريك (الآخر لا يضمن المعتق) وله أن يستسعى العبد أو يعتق عند أبى حنيفة بناء على تجزئ التدبير وعندهما اذا دبره أحدهما فاعتاق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان أعتقه أحدهما أولا فتدبير الآخر باطل فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما ثم قيمة المدبر قيل تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن

هذا (باب) فى بيان أحكام (عجز المكاتب وموته وموت المولى)

(مكاتب عجز عن) أداء (نجم) وهو قسط شهر مثلا (وله) أى للمكاتب (مال سيصل) اليه بأن يكون له عند الناس شئ من بقية المعاملات (لم يعجزه الحاكم) فى الحال بل يمهله (الى ثلاثة ايام) لانها مدة مضروبة لابلاء الاعذار ولا يزاد على ذلك وعند مالك مدة الامهال تفوض الى رأى الامام وعند الشافعى وأحمد لو كان له مال على غائب مدة السفر لا يؤخره وفيما دونه يؤخره الى أن يحضر (والا) أى وان لم يكن له مال سيصل اليه فى ثلاثة أيام (عجزه) الحاكم (وفسخها) أى الكتابة (او) فسخها (سيده برضاه) أى برضا المكاتب وان لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضا المكاتب والذى ذكره من مدة الامهال هو عندهما وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد فى الرق والاثر فيما لا يدرك كالخبر ولهما ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده فى الرق وخبر على رضى الله عنه ليس فيه نفى ما ذكرنا (و) اذا عجز المكاتب (عاد) اليه (احكام الرق) لان فك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد (وما) أى الذى (فى يده) أى فى يد المكاتب الذى عجز (لسيده) لانه كسب عبده (وان مات) المكاتب (و) الحال أنه (له مال لم تفسخ) الكتابة (وتؤدى كتابته من ماله وحكم بعتقه فى آخر) جزء من أجزاء (حياته) وكذا يحكم بعتق أولاده وما بقى من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول ابن مسعود رضى الله عنه وبه أخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما ترك فهو لمولاه وبه أخذ الشافعى رحمه الله (وان ترك) المكاتب (ولدا ولد فى كتابته لا وفاء) أى لم يترك وفاء يعنى مالا ولم يترك سوى ولده فانه (يسعى كابيه) أى كما كان يسعى أبوه (على نجومه) المقسطة (فاذا ادى) الابن الكتابة (حكم بعتقه وعتق ابيه قبل موته) يعنى فى آخر جزء من أجزاء حياته وانما يعتق الابن لانه داخل فى كتابة أبيه فيعتق بعتقه ولو ترك المكاتب (ولدا مشترى) بأن كان اشتراه فى كتابته ومات فانه (عجل البدل) أى يعطى بدل الكتابة (حالا او رد) الى حاله (رقيقا) ان لم يعجل عند أبى حنيفة لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا أدى فى الحال فقد ظهر أن أباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية وانه مات حرا وقالا هو كالمولود فى الكتابة وبه قال مالك رحمه الله (وان اشترى) المكاتب (ابنه فمات وترك وفاء ورثه

ابنه) لانه لما أدّى بدل الكتابة حكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته فتبعه ولده فى ذلك الوقت فيكونان حرّين فيظهر أنه مات حرّا عن ابن حرّ (وكذا) الحكم فى ميراث الابن (لو كان هو) أى المكاتب (وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق أحدهما فى وقت حكم بعتق الآخر فى ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد فيصير حرّا مات عن ابن حرّ (ولو ترك المكاتب (ولدا من) امرأة (حرّة و) ترك (دينا فيه) أى فى الدين (وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضى به) أى بما جنى (على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لانّ هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة لانّ من قضيتها الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فيجرّ الولاء الى موالى الاب والقضاء بما تقرّر حكمه لا يكون تعجيزا (وان اختصم موالى الامّ والاب فى ولائه) أى فى ولاء ولد المكاتب (فقضى به) أى قضى القاضى بولائه (لموالى الامّ فهو) أى فقضاؤه بذلك (قضاء بالعجز) أى بعجز المكاتب لانّ هذا الاختلاف فى الولاء مقصود وذلك يبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقرّ الولاء على موالى الامّ واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرّا وانتقل الولاء الى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء فاديت الكتابة أو عن ولد فاداها وأما اذا مات لا عن وفاء أو لا عن ولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لا يقبل منه وقال أبو الليث لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه فى آخر حياته (وما ادى المكاتب من الصدقات) الى مولاه (وعجز طاب لسيده) لانّ الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فانّ المولى يتملكه عوضا عن العين والعبد يتملكه صدقة وكذا الفقير اذا استغنى طاب له ما أخذه من الزكاة حال الفقر وكذا ابن السبيل اذا أخذ الصدقة ثم وصل الى ماله وفى يده الصدقة تحل له ولو عجز المكاتب قبل الاداء الى المولى يطيب للمولى عند محمد خلافا لابى يوسف (وان جنى عبد) على أحد بجناية (فكاتبه سيده) حال كونه (جاهلا بها) اى بالجناية (فعجز) العبد عن الكتابة فالمولى بالخيار ان شاء (دفع) العبد بالجناية (او) ان شاء (فدى) العبد بالارش لانه لما كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالمكاتبة من غير علم وامتنع الدفع فاذا عجز زال المانع فيخير (وكذا) الحكم (ان جنى مكاتب ولم يقض به) أى بموجب الجناية (فعجز) عن الكتابة يخير المولى أيضا بين الدفع والفداء لانه بالعجز صار رقيقا وحكم جناية القن هذا (فان قضى به) أى بموجب الجناية (عليه) أى على المكاتب (فى) حال (كتابته فعجز) عن الكتابة (فهو) أى موجب الجناية (دين) عليه (يباع فيه) عندهما لانّ الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء وقال أبو يوسف يجب عليه قيمته ولا يباع وبه قال زفر لوجود المانع من الدفع وقت الجناية وهو الكتابة فوجب أن يكون موجبه القيمة ولا يتغير (وان مات السيد لم تفسخ الكتابة) لانها حق العبد فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وأمومية الولد (ويؤدّى) المكاتب (المال الى ورثته) أى الى ورثة سيده (على نجومه) لانّ النجوم حقه لانه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل فى الدين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله الا من الثلث (وان حرّروه) أى وان حرّر الورثة المكاتب (عتق) عتقا (مجانا) وان كان القياس

أن لا يعتق لعدم ملكهم ولكن يجعل هذا ابراء منهم عن بدل الكتابة فانه حقهم فاذا برئ عتق (وان حرر البعض) أى بعض الورثة بأن أعتقه بعضهم (لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه ولا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولا يمكن أن يجعل ابراء ولا اقرارا بالاستيفاء لان ابراء البعض أو استيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته فبطل المقتضى وهو الاعتاق ولا يبرأ من الدين أيضا لان البراءة لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل المقتضى للابراء بطل المقتضى أيضا بخلاف اعتاق الجميع كما تقدم والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الولاء)

هو بفتح الواو مشتق من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة لان في ولاء العتاقة والموالاة تناصرا ومحبة أو من الولى وهو القرب وهى قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة وهى المتابعة لان في ولاء العتاقة ارثا بوالى وجود الشرط وكذا فى ولاء الموالاة وفى الشرع هو عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة ومن آثاره الارث والعقل (الولاء لمن اعتق) وهو لفظ الحديث أخرجه الائمة الستة عن عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق (ولو) كان العتق (بتدبير) بان دبر عبده فمات وعتق من ثلثه (وكتابة) بأن كاتب عبده وأدى بدل الكتابة فعتق (واستيلاد) بأن استولد جارية ومات عتقت من جميع ماله (وملك قريب) بأن ملك أبا أو ابنه بشراء أو هبة أو وصية أو نحو ذلك فعتق عليه وذلك لاطلاق الحديث والمرأة كالرجل فى جميع ماذكرنا لقوله عليه الصلاة والسلام ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن الحديث ولو أعتق فى دار الحرب وخلاه لا ولاء له عليه حتى اذا خرجا الينا مسلمين لا يرثه خلافا لابى يوسف (وشرط السائبة لغو) بأن أعتق عبده بشرط أن لا يرثه كان الشرط لغوا لانه مخالف للشرع فيرثه كما فى النسب اذا شرط أن لا يرثه وعند أحمد شرط السائبة صحيح (ولو أعتق) رجل أمة (حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن مولى الام أبدا) لان الجنين عتق بعتق أمه وعتقت أمه مقصودا فكذا هو يعتق مقصودا لانه جزء الام والمولى أوقع العتق على جميع أجزائها مقصودا والولاء لا ينتقل عن المعتق لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لاقل من ستة أشهر من وقت العتق ليتيقننا وقت العلوق (فان ولدت) الامة بعد عتقها (لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الام) لان الولد جزؤها فيتبعها فى الصفات الشرعية ألا ترى أنه يتبعها فى الرقية والحرية فكذا فى الولاء (فان عتق العبد) وهو الاب (جر ولاء ابنه الى مواليه) لان مولى الام لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما نسب اليه الولد تبعا للام لتعذر نسبته الى الاب فاذا اعتق الاب أمكن نسبته اليه فجعله تبعا له أولى من جعله تبعا للام فكذا الولاء فينتقل الى موالى الاب وولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا أكذب نفسه ينتقل الى الاب هذا اذا لم تكن معتدة وان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالى الاب والاصل فى ثبوت جر الولاء أنه مروى عن على وعمر وعبد الله وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ولا يعرف لهم مخالف (عجمى) أى رجل نسبته الى غير العرب (تزوج معتقة فولدت)

منه (فولاء ولدها لمواليها) أى لموالى المعتقة (وان كان له) أى للاب (ولاء الموالاة) أى ولاء المعاقدة عندهما وعند أبى يوسف حكم الولد حكم أبيه فى الوجهين أى فيما اذا والى أحدا ولم يوال ولا يكون ولاء الولد لموالى الام لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام أشرف لكونه أقوى فكذا الولاء ولهما ان ولاء العتاقة قوى يعتبر فى حق ترتب الاحكام ألا ترى أنه يترتب عليه الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف * صورة ولاء الموالاة أن يكون الاب كافرا فأسلم فتزوج بمعتقة ثم والى رجلا فان ولاء الولد الى الام وعند أبى يوسف لمولى الاب وانما لم يذكر العرب كما قال القدورى ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب لان الخلاف واقع فى مطلق الحقيقة وقيد القدورى بالعرب اتفاقى وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة أو غيرها من ذوى الارحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما وعند أبى يوسف يكون لذوى الارحام (والمعتق) بكسر التاء (مقدم على ذوى الارحام) وهو جمع ذى الرحم وهو كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبة كاولاد البنات وأولاد بنات الابن والاجداد الساقطين والجدات الساقطات وأولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنى الاخوة لام والاعمام لام والعمات والاخوال والخالات على ما عرف فى موضعه (مؤخر عن العصبة النسبية) وهو كل من يأخذ ما أبقته أصحاب الفرائض وعند الانفراد يأخذ المال كالابن وابن الابن والاب والجد والعم وابن العم وهو قول على رضى الله عنه وبه أخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول انه مؤخر عن ذوى الارحام وبه أخذ ابراهيم النخعى (فان مات المولى ثم مات المعتق) بفتح التاء (فميراثه) أى ميراث المعتق (لاقرب عصبة المولى) يقدم الاقرب فالاقرب حتى لو ترك أبا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك جد مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لانه أقرب فى العصوبة وفى الاول خلاف أبى يوسف فانه يعطى للاب السدس والباقى للابن وفى الثانى خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها لانه من قوم أبيها وجناية معتقها كجنايتها فيكون عليهم (وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن) قال صاحب الهداية بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم وفى آخره أو جر ولاء معتقهن قلت هذا حديث منكر لا أصل له وانما المروى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم ما أخرج البيهقى عن على وابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهم انهم لا يورثون النساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وأخرج ابن أبى شيبة فى مصنفه عن على وعمر وزيد رضى الله عنهم انهم كانوا لا يورثون النساء من الولاء الا ما أعتقن وأخرج عبد الرزاق فى مصنفه أنبأنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن على بن أبى طالب رضى الله عنه لا ترث النساء من الولاء الا ما كاتبن أو أعتقن

* هذا (فصل) فى بيان ولاء المعاقدة (أسلم رجل على يد رجل ووالاه) بان قال أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت فيقبل الآخر فذلك عقد صحيح وأشار اليه بقوله (على أن يرثه) أى الرجل اذا مات هو (و) ان (يعقل) الرجل (عنه) أى عن الذى أسلم على يده أى يؤدى الجناية عنه اذا جنى (أو) أسلم (على يد غيره) أى غير الرجل المذكور (ووالاه) أى الرجل

المذكور معناه انه أسلم على يد رجل ووالى غيره (صح) هذا الفعل (و) اذا صح يكون (عقله) أى جنايته (على مولاه) الذى أسلم على يده ووالاه أو الذى والاه وكان قد أسلم على يد غيره (وارثه) أى ميراثه (له) أى للذى والاه اذا مات (ان لم يكن له) أى للذى والى غيره (وارث) من النسب (وهو) أى القابل للموالاة (آخر ذوى الارحام) معناه انه مؤخر عنهم لان ذوى الارحام يورثون بالقرابة وهى أقوى وآكد من الولاء لانها لا تقبل النقض والولاء يقبله بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لانهما بعد الموت كالاجانب ولهذا لا يرد عليهما فاذا أخذا حقهما صار الباقى خاليا عن الوارث فيكون لمولى الموالاة وعند الثلاثة لا اعتبار بهذا الولاء أصلا لان سبب الارث الفرض أو التعصيب ولهذا لا ميراث لذوى الارحام ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فأوجب نقل الميراث بالمعاقدة ولهذا لا يكون الا بالموالاة ثم شرط صحة هذه الموالاة أن يشترط الميراث والعقد لان هذا العقد يقع على ذلك فلا بد من ذكره فى العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك فيتوارثان بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى ومن شرطه أن يكون مجهول النسب وأن لا يكون عليه ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وأن يكون حرا عاقلا بالغا ويدخل فيه أولاده ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير أو العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولى وعند البعض لا يشترط أن يكون مجهول النسب ويشترط أن لا يكون الاسفل عربيا لان تناصر العرب بالقبائل فأغنى عن الموالاة وكونه أسلم على يده ليس بشرط لصحة هذا العقد كما ذكرناه (وله) أى للموالى (ان ينتقل عنه) أى عن الذى قبل الموالاة (الى غيره بمحضر من الآخر مالم يعقل) القابل (عنه) لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه بعلم صاحبه وان كان الآخر غائبا الا بملك فسخه وان كان غير لازم لان العقد تم بهما كما فى الشركة والمضاربة والوكالة وأما اذا عقل عنه فليس له أن يتحول الى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل منهما أن يتحول الى غيره لانهما كشخص واحد فى حكم الولاء (وليس للمعتق) بفتح التاء (أن يوالى أحدا) لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض والارث بولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء الموالاة الا ترى ان شخصا لو مات وترك مولى أعتقه ومولى موالاة كان المال للمعتق (ولو والت امرأة) رجلا بشروطها (فولدت) ولدا لا يعرف له أب (تبعها) أى تبع الولد أمه (فيه) أى فى عقد الموالاة فيصير ان مولى فلان وكذا لو أقرت انها مولاة فلان ومعها صغير لا يعرف له أب صح اقرارها على نفسها وتبعها ولدها وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يتبعها ولدها فى الصورتين لان الام لا ولاية لها فى ماله فلان لا يكون لها فى نفسه أولى وله ان الولاء كالنسب وهو نفع محض فى حق الصغير الذى لم يدر له أب فتملكه الام كقبول الهبة والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الاكراه) *

هو فى اللغة الاجبار وفى الشرع (هو) أى الاكراه (فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به) أى بسبب هذا الفعل (الرضا) أى رضا ذلك الغير (وشرطه قدرة المكره) بكسر الراء (على تحقق) أى ايجاد (ما هدد) أى خوف (به) سواء (سلطانا كان) المكره (أو لصا و) شرطه أيضا (خوف المكره) بفتح الراء (ووقوع ما هدد) المكره (به) بان غلب على ظنه انه يفعله به فان غلب على ظنه

انه

أنه لا يفعله لم يكن مكرها وماذكره صاحب المنظومة من قوله

وقال لا اكراه الا من ملك * وحققا من كل عال منهمك

فبناء على اختلاف زمان ولا اختلاف فى الحقيقة (فلو أكره على بيع أو شراء أو اقرار أو اجارة بقتل) بان قال له ان لم تبع هذا العبد مثلا قتلتك أو ان لم تشتر هذا أو ان لم تقر لى بالف مثلا قتلتك أو ان لم تؤجرنى دارك هذه قتلتك (أو) أكره على هذه الاشياء بنحو (ضرب شديد أو حبس مديد) أى طويل (خير) المكره (بين أن يمضى البيع أو يفسخه) يعنى بعد زوال الاكراه لان صحة هذه العقود تعتمد التراضى والاكراه يعدمه فيفوت صحة شرط العقد فيفسد وكذلك الاقرار لانه حجة مرجحة لجانب الصدق على الكذب فاذا أكره احتمل انه كذب فى اقراره دفعا الضرر الاكراه فلا يثبت وقوله بضرب شديد اشارة الى أنه اذا أكره بضرب سوط لم يكن مجبرا وكذلك اذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم (ويثبت به) أى بالبيع ونحوه مكرها (الملك) للمشترى ونحوه (عند القبض) أى قبض المبيع (للفساد) أى لاجل الفساد أى لكونه فاسدا لان مقتضى العقد الفاسد ثبوت الملك عند القبض وقال زفر لا يثبت به الملك لانه بيع موقوف وليس بفاسد الا ترى انه لو أجاز بعد زوال الاكراه جاز ولو كان فاسدا لما جاز ولنا أن ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضى وفوات الشرط تأثيره فى فساد العقد لا التوقف وانما نفذ بالاجازة لارتفاع المفسد وهو عدم التراضى فصار كسائر البياعات الفاسدة الا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع وان تداولته الايدى بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته باذنه أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول بحق الثانى ومن مشايخ بخارا من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الاسلام وصورته أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بدين لك على على انى متى قضيت الدين الذى لك على فهو لى فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ايفاء الثمن ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام أبو شجاع وعلى السغدى والقاضى الامام الحسن الماتريدى فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به وأى شئ أكل من زوائده يضمن ويرده عند قضاء الدين ولو استأجره البائع لا تلزمه أجرته كالراهن اذا استأجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا مفيدا لبعض أحكامه منهم الامام نجم الدين النسفى وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبره بالهازل وفى الكافى والصحيح ان العقد ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ان ذكرا شرط الفسخ فيه فسد والا فان تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو بلفظ البيع الجائز وعندهما هذا عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد وهذا البيع موجود فى المصر ويسمونه بيع الامانة (وقبض) المكره (الثمن) حال كونه (طوعا) أى طائعا (اجازة) للبيع (كالتسليم) اى كتسليم البائع المكره المبيع حال كونه (طائعا) لان القبض أو التسليم طائعا دليل الرضا وهو المشرط بخلاف ما اذا أكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث

لا يكون اجازة فلو سلم طائعا لان غرض المكره انما هو استحقاق الموهوب له لا مجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلا فى الاكراه والاكراه فى البيع يثبت بنفس العقد فلم يكن التسليم فيه داخلا فى الاكراه فافترقا (وان هلك المبيع فى يد المشترى و) الحال انه (هو غير مكره) بفتح الراء (والبائع مكره) بفتح الراء (ضمن) المشترى (قيمته) أى قيمة المبيع لانه قبضه بعقد فاسد وكان مضمونا عليه بالقيمة (وللمكره) بفتح الراء (أن يضمن المكره) بكسر الراء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يكن آلة له فى حق التكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كانه دفع مال البائع الى المشترى فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب لان المكره كالغاصب والمشترى كغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع المكره على المشترى بالقيمة لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستيلاء ولو ضمن المشترى ثبت ملك المشترى فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب اذا ضمن ولو كان المشترى باعه من آخر وباع الآخر من آخر حتى تداولته البياعات الفاسدة نفذ الكل بتضمين الاول وله أن يضمن من شاء من المشترين وجازت البياعات التى بعدها وبطل ما قبله بخلاف ما اذا أجاز المكره أحد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده ويأخذ هو الثمن من المشترى الاول (و) لو أكره (على أكل لحم خنزير و) أكل (ميتة و) أكل (دم وشرب خمر بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل) اقدامه لان حرمة هذه الاشياء ثابتة بالنص ولا تباح الا عند قيام الضرورة ولا تتحقق الا بأن يخاف على نفسه التلف أو على عضو من أعضائه كما فى حال المخمصة ولا يحل ذلك بضرب بالسوط ولا بحبس حتى لو خاف على نفسه بذلك أو على عضو وغلب على ظنه أبيح له الاقدام عليه وقدره بعضهم بأدنى الحد وهو أربعون سوطا فان هدده به وسعه وان هدده بأقل من ذلك لم يسعه (وحل) الاقدام لو أكره على الاشياء المذكورة (بقتل) نفسه (أو قطع) عضو من أعضائه (واثم بصبره) على ما هدد به فى هذه الحالة لانه اباحة فى هذه الحالة واهلاك النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام واثم وهذا بالاجماع الا رواية عن أبى يوسف وقولا للشافعى ورواية عن أحمد لا يأثم واذا لم يعلم الاباحة فى هذه الحالة لا يأثم لانه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء وقصد فى زعمه الاحتراز عن المعصية فكان معذورا فلا يأثم (و) لو أكره (على) كلمة (الكفر واتلاف مال مسلم بقتل) نفس (وقطع) طرف جاز له الاقدام على ذلك لقوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان وكذلك كل ما ثبت حرمته يرخص له عند الاكراه الملجئ مثل اتلاف مال الغير وافساد الصوم والصلاة والجناية على الاحرام (لا) يرخص (بغيرهما) أى بغير القتل والقطع يعنى اذا أكره على كلمة الكفر واتلاف مال مسلم بغير القتل والقطع بأن أكره بضرب أو قيد أو حبس لا يقدم لانه ليس بملجئ وهذا لا يكون اكراها فى شرب الخمر فكيف يكون اكراها فى الكفر وهو أعظم وقوله (يرخص) جواب لقوله وعلى الكفر أى لو أكره على الكفر بقتل أو قطع يرخص له الاقدام وقد ذكرناه (ويثاب) المكره فى هذه الاشياء (بالصبر) على ما هدد به والكف عما أمر به حتى لو قتل كان مأجورا لان خبيبا رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء (وللمالك) أى لمالك المال الذى أتلفه المكره (أن

يضمن

يضمن المكره) بكسر الراء لان المكره بالفتح آلة له فيما يصلح آلة (و) لو أكره (على قتل غيره) بقتل مثلا أكره زيد على قتل عمرو (لا يرخص) له فى ذلك لان قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة ما فكذا فى الاكراه (فان قتله اثم) لارتكابه الحرام وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص لان فيه قتل النفس بالضياع لانه يجىء منه ولد وليس له أب فيربيه (ويقتص من المكره) بكسر الراء (فقط) يعنى دون المكره بالفتح عندهما وعند أبى يوسف لا يجب القصاص على واحد منهما لان المكره سبب غير مباشر فلا قصاص عليه ولكنه مضاف اليه باعتبار الحمل عليه فتمكنت الشبهة فلا يجب على المكره أيضا فتجب الدية ولا تحملها العاقلة لانه عمد وقال زفر يجب القصاص على المكره لانه هو المباشر حقيقة وكذا حكما الا على المكره وقال الشافعى يجب القصاص عليهما جميعا لانهما قاتلان فيجب عليهما موجبه وبه قال مالك وأحمد ولهما انه على المكره بالكسر لانه هو القاتل والمكره آلة مثل السيف (و) لو أكره (على اعتاق) عبده (وطلاق) امرأته (ففعل) أى فأعتق عبده أو طلق امرأته (وقع) أى الاعتاق أو الطلاق لان الاكراه لا ينافى الاهلية (ورجع) المكره بالفتح (بقيمته) أى بقيمة العبد على المكره بالكسر سواء كان موسرا أو معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار ولا سعاية على العبد ولا يرجع المكره على العبد لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره (ونصف مهرها) أى ورجع أيضا بنصف مهر امرأته التى طلقها بالاكراه (ان لم يطأها) أى ان كان قبل الدخول وكان المهر مسمى فى العقد وان لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة بخلاف ما اذا كان قد دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق (و) لو أكره (على الردة) وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان (لم تبن زوجته) لانه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكر هو كان القول قوله استحسانا والقياس أن يكون القول قولها فيفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب للبينونة بها فيستوى فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق ووجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما اذا أسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد أحد الركنين وفى الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الحجر)

هو المنع مطلقا أى منع كان ومنه سمى الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمى العقل حجرا لانه يمنع من القبائح ومنه قوله تعالى لذى حجر أى عقل وفى الشرع (هو) أى الحجر (منع عن التصرف قولا) أى من حيث القول لان الحجر فى الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمى (لا فعلا) أى لا من حيث الفعل لما قلنا وذلك يكون بأحد الاشياء الثلاثة أشار اليه بقوله (بصغر) أى بسبب صغر فى الصبيان (ورق) فى العبد (وجنون) فى المجانين والرق ليس بسبب للحجر فى الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأى كالحر غير انه وما فى يده ملك المولى فلا يجوز له ان يتصرف لاجل حقه واذا كان كذلك (فلا يصح تصرف صبى وعبد بلا اذن ولى وسيد) أما الصبى فلانه

عديم العقل ان كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا أذن له المولى فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة وأما العبد فلان منعه لحق المولى فاذا أذن له فقد زال فيتصرف بأهليته ان كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير (ولا) يصح (تصرف المجنون المغلوب بحال) من الاحوال ولو أجازه الولى لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطى قيد بقوله المغلوب أى المستغرق لانه ان كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو حال افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبى العاقل فى تصرفاته وهو الناقص العقل وقيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا فى تفسيره اختلافا كثيرا وأحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون (ومن عقد منهم) أى من هؤلاء المحجورين (و) الحال انه (هو يعقله) أى يعقل العقد بأن يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة (يجيزه الولى) انشاء (أو يفسخه) لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل أن يكون فى عقده مصلحة فيجيزه الولى أو المولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبى وعند الثلاثة لا تصح اجازته (وان أتلفوا) أى هؤلاء (شيأ ضمنوا) لانهم غير محجور عليهم فى الافعال (ولا ينفذ اقرار الصبى والمجنون) لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وظاهره يقتضى ان لا يتعلق بأقوالهما حكم وكذلك لا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما (وينفذ اقرار العبد فى حقه لا فى حق سيده فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية) لانه اقرار على غيره وهو المولى فاذا أعتق زال المانع (ولو أقر) العبد (بحد او قود) أى قصاص (لزمه فى الحال) لانه مبقى على أصل الحرية فى حقهما (لا) يحجر (بسفه) أى بسبب سفه وهو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى ومن عادة السفيه التبذير والاسراف فى النفقة والتصرف لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنى واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن فى التجارات من غير محمدة وأبو حنيفة رضى الله عنه لا يرى الحجر بسبب السفه وعندهما يحجر عليه بسبب السفه والدين فى تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه فى غيرها كالطلاق ونحوه وقال الشافعى رحمه الله يحجر عليه بالكل لهما ان الحجر على الصبى لاحتمال التبذير فلان يحجر على السفيه مع تيقنه كان أحرى وبه قال مالك وأحمد وله انه مخاطب فلا يحجر عليه كالرشيد ولانه لا يندفع الضرر عنه بالحجر فانه يقدر على اتلاف ماله بتزويج الاربع وتطليقهن قبل الدخول وبعده فى كل يوم ووقت ولو كان فى الحجر عليه دفع الضرر العام جاز كالمفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس (فان بلغ) الصبى حال كونه (غير رشيد) وهو فعيل من الرشد وهو التهدى الى وجوه المصالح (لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ونفذ تصرفه) أى تصرف الذى بلغ غير رشيد ولم يبلغ خمسا وعشرين سنة (قبله) أى قبل البلوغ الى خمسة وعشرين سنة (ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة) أى خمسا وعشرين سنة حال كونه (مفسدا) هذا كله عند أبى حنيفة وعندهما لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبدا لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم أمر بالدفع ان وجد منه

الرشد

الرشد فلا يجوز الدفع اليه قبل وجوده وبه قالت الثلاثة وله قوله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم
والمراد به بعد البلوغ سمي يتيما لقربه منه وكان أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه
باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لانه حال كمال لبه وقد روى عن عمر رضي الله
عنه انه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال أهل الطبائع من بلغ خمسا
وعشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى انه قد بلغ سنا يتصور ان يصير جدا الان أدنى مدة
يبلغ فيها الغلام اثنتا عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم يبلغ الولد في اثنتي عشرة سنة فيولد له
ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جدا حتى لو بلغ رشيدا ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله ثم لا يتأتى
التفريع على قول أبي حنيفة وانما يتأتى على قول من يرى الحجر فعندهما اذا باع لا ينفذ بيعه
وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم والا رده ولو باع قبل حجر القاضي عليه جاز عند أبي يوسف
خلافا لمحمد وان اعتق عبدا اعتق عندهما خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده الحجر بسبب السفه
بمنزلة الحجر بالرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شئ من تصرفاته سوى الطلاق كالعبد واذا نفذ عندهما
فعلى العبد أن يسعى في قيمته عند محمد وهو قول أبي يوسف أولا وفي قوله الاخير وهو رواية عن
محمد ليس عليه سعاية ولو دبر عبده جاز الا أنه لا يجب عليه السعاية ما دام المولى حيا وان مات ولم
يؤنس منه رشد سعى في قيمته مدبرا وان جاءت جاريته بولد فادعى ثبت نسبه منه وكان
الولد حرا والامة أم ولد له ولا تسعى هي ولا ولدها في شئ بخلاف ما لو أعتقها من غير ان يدعي
الولد ولو لم يكن معها ولد فقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها فان مات سعت
في كل قيمتها كالمريض اذا قال لامته وليس معها ولد فقال هذه أم ولدي وان تزوج امرأة جاز
نكاحه فان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل وان طلقها قبل الدخول وجب
لها نصف المسمى وكذا لو تزوج أربعا أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها ويخرج الزكاة من مال
نفسه وينفق عليه وعلى ولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه من ماله الا ان
القاضي يدفع اليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء أو يبعث معه أمينا كي لا يصرفها
الى غير مصرفه ويسلم القاضي النفقة الى أمينه ليصرفها الى مستحقه لانه لا يحتاج فيها الى النية
بخلاف الزكاة ولو حلف وحنث أو نذر نذرا من هدي أو صدقة أو ظاهر من امرأته لا يلزمه
المال ويكفر يمينه وغيرها بالصوم وان اراد حجة الاسلام لم يمنع ويسلم القاضي النفقة الى ثقة
من الحجاج ينفقها عليه في الطريق بالمعروف ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع ولا يمنع من أن يسوق
البدنة تحرزا عن موضع الخلاف وان جنى في احرامه ينظر ان كان جناية يجوز فيها الصوم
كقتل الصيد والحلق عن أذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان
كان جناية لا يجزي فيه الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه
الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر الى أن يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالا
أو العبد المأذون له في الاحرام وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة تلزمه بدنة ثم يتأخر الى
أن يصير مصلحا وان أوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله ان كان له وارث
واذا أوصى بوصايا يستقبحها المصلحون لا تنفذ (وفسق) بالجر عطف على قوله لا بسفه أي
لا يحجر أيضا بسبب فسق وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه وبه قال مالك واحمد

ولنا انه مصلح لماله فيه فيكون الرشد مأنوسا منه فيدفع اليه ماله سواء كان الفسق أصليا أو طارئا (وغفلة) بالجر أيضا أى بسبب غفلة وهو عاقل غير مفسد ولا يقصده ولكنه لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يحجر عليه كالسفيه نظرا له وبه قالت الثلاثة ألا ترى ان أهل منقذ بن عمرو طلبوا من النبى صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه لانه كان يخدع فى البيع فاقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ولو لم يكن الحجر مشروعا لانكر عليهم قلنا الحديث دليل لنا لانه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم الى ذلك وانما قال عليه الصلاة والسلام ان كنت غير تارك للبيع فقل ها وها ولا خلابة وقولهم لم ينكر عليهم قلنا النفى لا يحاط بالعلم ولعله أنكر عليهم الا أنه لم ينقل الينا وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع والحديث أخرجه أحمد والدارقطنى وأبو داود وابن ماجه والترمذى وصححه (و) لا يحجر أيضا بسبب (دين وان طلب غرماؤه) الحجر عليه عند أبى حنيفة لان فى الحجر اهدار أهليته والحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم فى ماله لانه لا حجر عليه وعندهما اذا طلبوا الحجر عليه حجره ومنعه من التصرف والبيع بأقل من ثمن المثل واذا امتنع عن بيع ماله يبيعه ويقسم الثمن بينهم بالحصص وبه قالت الثلاثة (وحبس) أى المديون يعنى حبسه القاضى (ليبيع ماله فى دينه) لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا للظلم وايصالا للحق الى مستحقه (فلو) كان (ماله ودينه دراهم قضى) دينه (بلا أمره) وكذا اذا كان كلاهما دنانير (ولو) كان (دينه دراهم وله) أى للمديون (دنانير او بالعكس) بأن كان دينه دنانير وله دراهم (بيع فى دينه) بالاجماع (ولم يبع عرضه) أى لا يبيع القاضى عرض المديون (و) لا (عقاره) عند ابى حنيفة وعندهما يبيع لكن يبدأ ببيع النقود فان فضل شئ من الدين باع العروض فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار وقيل يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم يبيع العقار فالحاصل ان القاضى نصب ناظرا فينبغى له أن ينظر للمدين كما ينظر للدائن فيبيع ما كان انظر له ويبيع ما يخشى عليه التلف انظر له ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى وقيل يترك له دستان لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفى بدون ذلك فانه يبيع ثيابه فيقضى الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقى مسكنا يكفيه وعن هذا قالوا يبيع ما لا يحتاج اليه فى الحال حتى يبيع اللبد فى الصيف والنطع فى الشتاء وان أقر بمال فى حالة الحجر لزمه ذلك بعد قضاء الديون بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك ولو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضى بعلمه أو بشهادة الشهود دشارك الغرماء ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه وينفق على المدين المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوى أرحامه من ماله لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء (و) لا يحجر أيضا بسبب (افلاس) بل يحبس حتى يظهر للقاضى أنه لا مال له فاذا ظهر له ذلك أخرجه من الحبس وقد ذكرنا تمامه فى كتاب القضاء ثم اذا أخرجه منه لا يحول بينه

وبين

وبين غرمائه بعد الاخراج بل يلازمونه عند أبي حنيفة ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص ولا يمنعونه من السفر والتصرف ولا يجلسونه في مكان لانه حبس بل يدورون حيث شاء ويدورون معه ولو دخل في داره لحاجته قال في الهداية لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لابد أن يكون له موضع خلوة وقال في الزيادات اذا لم يأذن له في الدخول يجلسه على باب الدار ويمنعه من الدخول كي لا يختفي أو يهرب من جانب آخر وقال في النهاية ليس لصاحب الحق أن يمنع الملزوم أن يدخل داره لغائط أو غداء الا اذا أعطى له الغداء أو أعدّ له موضعا آخر لاجل الغائط فحينئذ له منعه من ذلك حتى لا يهرب وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا أن يقيموا البينة ان له مالا (وان أفلس مبتاع عين) أي مشتري عين يعني اشترى عينا فأفلس والمتاع في يده (فبائعه) أي فبائع العين (اسوة للغرماء) فيه يعني شارك البائع الغرماء أصحاب الديون وقال الشافعي البائع أولى سواء كان قبل القبض أو بعده لحديث سمرة رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قال من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به رواه أحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أيما رجل باع سلعة فأدركها عند رجل قد أفلس فهو ماله بين غرمائه أخرجه الدارقطني من غير استفسار فان قلت في اسناده ابن عياش وهو ضعيف وهو مرسل قلت قد وثقه أحمد والمرسل عندنا حجة وقد احتج به الخصاف والرازي واسنداه وروى أنه عليه الصلاة والسلام باع من معاذ ماله وقسم بين غرمائه بالحصص حتى لم يبق لمعاذ شيء أخرجه الدارقطني ولم يستفسر هل للبائع سلعة قائمة أم لا وحديث سمرة في اسناده عمر بن ابراهيم قال أبو حاتم لا يحتج به فان قلت أخرج البخاري ومسلم وغيرهما عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من وجد عين ماله عند رجل قد أفلس فهو أحق به ممن سواه قلت أبو هريرة هو الذي روى حديثنا أيضا فاختلفت الرواية وذلك يوجب وهنا في الحديث على ما عرف والله أعلم

هذا (فصل) في بيان حد البلوغ (بلوغ الغلام) بأحد ثلاثة أشياء الاول (بالاحتلام و) الثاني (الاحبال و) الثالث (الانزال) لانها امارات البلوغ وهذا بالاجماع (والا) أي وان لم توجد علامة من هذه العلامات (فحتى يتم) عليه (ثماني عشرة سنة و) بلوغ (الجارية) باحد ثلاثة أشياء أيضا الاول (بالحيض و) الثاني (الاحتلام و) الثالث (الحبل) وهذا بالاجماع أيضا (والا) أي وان لم توجد علامة من هذه العلامات (فحتى يتم عليها سبع عشرة سنة) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله (ويفتى بالبلوغ فيهما) أي في الغلام والجارية (بخمس عشرة سنة) وهذا قولهما وهو قول الثلاثة أيضا لانه المعتاد الغالب وهو أيضا رواية عن أبي حنيفة وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد به أن يطعن في التاسع عشر فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم له ثماني عشرة سنة والا ويطعن في التاسع عشر وقيل فيه اختلاف الرواية حقيقة لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة (وأدنى المدة في حقه) أي في حق الغلام (اثنتا عشرة سنة و) أدنى المدة (في حقها) أي في حق الجارية (تسع سنين) وهذا لا يعرف الا سماعا أو بالتتبع (فان راهقا) أي الغلام والجارية ومعناه اذا قاربا الحلم (وقالا بلغنا صدقا) لانه أمر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض

وغيره (وأحكامهما) أى وأحكام المراهقين (أحكام البالغين) فى سائر التصرفات والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (المأذون)

هو مفعول من الاذن وهو الاطلاق وهو فك الحجر مطلقا وفى الشرع (الاذن فك الحجر واسقاط الحق) لان العبد أهل للتصرف بعد الرق الا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى فاذا أذن فقد أسقط حقه فكان العبد متصرفا بأهليته الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة (فلا يتوقت) الاذن بزمان ولا مكان (ولا يتخصص) بنوع من التجارة كالمكاتب وقال زفر هو توكيل وانابة فيتقيد بما قيده به المولى وبه قال الشافعى وأحمد وعند مالك لو فى البز يتقيد والا لا (ويثبت) الاذن (بالسكوت) أى بسكوت المولى (ان رأى عبده يبيع ويشترى) ولا فرق فى ذلك بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوى عن أصحابنا انه رضا ويبطل الرهن ولو أمره المولى ببيع متاع غيره يصير مأذونا له ولو رأى عبده فى حانوته يبيع فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان اذنا وعند زفر والشافعى لا يثبت الاذن بسكوت المولى عند ما يراه يبيع أو يشترى لانه يحتمل الرضا والسخط فلا يثبت بالشك ولنا أن العادة قد جرت بذلك لاجل دفع ضرر الناس (وان أذن) المولى اذنا (عاما) بان قال له أذنت لك فى التجارة (لا بشراء شئ بعينه) يعنى لم يقيده بشراء شئ بعينه ولا بنوع من التجارة جاز له التصرف فى جميع التجارات (ويبيع ويشترى) لان اللفظ يتناول جميع ألفاظ أنواع التجارات وأما اذا أمره بشراء شئ بعينه كالطعام والكسوة لا يكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لتضرر ثم اذا صار مأذونا له فى جميع التجارات له البيع والشراء (ولو) كان (بغبن فاحش) عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز بمحاباة لا يتغابن الناس فى مثله لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصى والقاضى فى مال الصغير وله أنه يتصرف بمالكية نفسه والاذن فك الحجر فيجوز تصرفه كيفما وقع (ويوكل) المأذون بهما أى بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى معين (ويرهن) المأذون (ويسترهن) أى يأخذ الرهن لانهما من توابع التجارة (ويستأجر ويضارب) لانه من باب صنيع التجار (ويؤجر) المأذون نفسه وقال الشافعى ليس له ذلك لان ذلك تصرف فى نفسه فلا ينتظمه الاذن وبه قال مالك وأحمد ولنا ان ذلك من صنيع التجار فينتظمه الاذن (ويقر) المأذون (بدين وغصب ووديعة) لان الاقرار من توابع التجارة لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله أحد وعند الثلاثة يقر بدين معامله فقط حتى لا يسمع فى غيره (ولا يتزوج) المأذون لانه ليس من التجارة (ولا يزوج مملوكه) سواء كان ذكرا أو أنثى عندهما وقال أبو يوسف يجوز تزويج الامة لانه نوع تجارة ولهما أنه مأذون فى التجارة وهذا ليس منه ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبى المأذون له والمضارب وشريك العنان والاب والوصى (ولا يكاتب) عبده لانه ليس من التجارة (ولا يعتق) لانه فوق الكتابة

فكان

فكان أولى بالامتناع وان أجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز وكان قبض العوض اليه ان كان
العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند أبي حنيفة خلافا لهما (ولا يقرض)
لانه تبرع ابتداء فلا يملكه (ولا يهب) لانه تبرع محض وسواء كان بعوض أو بغيره (ويهدى
طعاما يسيرا ويضيف من يطعمه) لجريان العادة بذلك بين التجار (ويحط) المأذون (من
الثمن) أي ثمن المتاع الذي باعه (بعيب) أي بسبب عيب ظهر فيه لانه من صنيع التجارة وقد
يكون الحط انظر اليه من قبول المعيب بخلاف الحط من غير عيب أو الحط أكثر من العادة
(ودينه) أي الدين الذي يركب المأذون (متعلق برقبته يباع به) أي بسبب الدين (ان لم يفده
سيده) وقال زفر يتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته لان الرقبة لم تدخل في الاذن فلا
يتعلق دين للتجارة بها بخلاف الكسب لانه دخل في الاذن وبه قال الشافعي ومالك وعن أحمد
يتعلق بذمة سيده ولنا أنه ظاهر في حق المولى بسبب الاذن وكل دين يظهر في حقه فهو متعلق
بالرقبة لانه لا بد من محل يستوفى منه وأقرب المحال اليه نفسه فصار كدين الاستهلاك والجامع
دفع ضرر الناس (وقسم ثمنه) أي ثمن العبد بين الغرماء (بالحصص) كما في التركة (وما بقي) من
الدين (طولب) أي العبد (به) أي بالذي بقي (بعد عتقه) ولا يطالب به للحال لان دينهم ثابت
في ذمته ولم يستوفوا الكل منه لان رقبته لم تف به فبقي دينهم على حاله في ذمته فيستوفونه اذا
قدر على ايفائه ولا يقدر الا بعد العتق لانه لا يمكنه بيعه ثانيا ولا استسعاؤه لان المشترى
يتضرر ويشترط حضور المولى عند بيع العبد لانه هو الخصم في رقبته (وينحجر) المأذون
(بحجره) أي بحجر المولى اياه (ان علم به) أي بالحجر (أكثر اهل سوقه) وقال الشافعي رحمه الله
حجره صحيح وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه وبه قال مالك وأحمد وهذا بناء على أن الوكيل ينعزل
بعزل الموكل وان لم يعلم عندهم وعندنا يشترط الا اذا كان في موضع لم يبلغه كدار الحرب ويبقى
العبد مأذونا له الى أن يعلم بالحجر كما يبقى الوكيل على وكالته حتى يبلغه العزل (و) ينحجر أيضا (بموت
سيده وجنونه ولحوقه) بدار الحرب حال كونه (مرتدا) علم العبد بذلك أو لم يعلم أما الموت فلانه
يزيل الملك وأما الجنون فلانه يزيل الاهلية وأما اللحاق فلانه موت حكما (و) ينحجر أيضا
(بالاباق) أي باباق العبد المأذون وقال الشافعي يبقى مأذونا لانه لا ينافي ابتداء الاذن فلا ينافي
بقاءه وبه قال زفر ولنا انه حجر بطريق الدلالة لان الرضا انما كان من حيث التمكن من قضاء
الدين بكسبه وهذا بخلاف ابتداء الاذن في الآبق لان الصريح يبطل الدلالة (والاستيلاد)
بالجر عطف على الاباق أي الامة المأذون بها تنحجر باستيلادها المولى وقال زفر لا تصير محجورا
عليها اعتبارا للبقاء بالابتداء فانه يصح أن يأذن لام ولده والبقاء أسهل وبه قالت الثلاثة ولنا
أنها صارت بصفة لا يتعلق الدين برقبتها ولا يمكن الاستيفاء منها فبطل الاذن (لا) تنحجر
الامة (بالتدبير) يعني اذا دبر الامة المأذون لها وهذا بالاجماع لانعدام دلالة الحجر (وضمن)
المولى (بهما) أي بالاستيلاد والتدبير قيمتهما أي قيمة الامة التي استولدها وقيمة الامة التي دبرها
بعد الاذن لهما لانه أتلف بهما محلا تعلق به حق الغرماء لانه بفعله امتنع بيعهما اذ بالبيع يقضى
حقهم وعند الثلاثة لا يضمن (فان أقر) المأذون (بما في يده بعد حجره صح) اقراره عند أبي
حنيفة سواء أقر بانه أمانة عنده أو غصب أو أقر بدين وقالا لا يصح اقراره وهو القياس لان

المصحح هو الاذن وقد زال وبه قالت الثلاثة وله أن المصحح هو اليد وهي باقية (ولم يملك سيده) أي سيد المأذون (ما في يده) أي ما في يد المأذون (لو أحاط دينه) أي دين المأذون (بماله ورقبته) واذا كان كذلك (فبطل تحريره) أي تحرير السيد (عبدا من كسبه) أي من كسب المأذون لانه أعتق ما لا يملكه هذا عند أبي حنيفة وقالا يملك ما في يده من كسبه وينفذ عتقه في عبده ويغرم قيمته للغرماء وبه قالت الثلاثة (فان لم يحط) الدين برقبته وبما في يده (صح) عتقه بالاجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن (ولم يصح بيعه) أي بيع المأذون من (سيده الا بمثل القيمة) لانه لا تهمة في البيع له بمثل القيمة فيجوز وبأقل منه فيه تهمة فلا يجوز وهذا لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند أبي حنيفة لانه لا تهمة فيه (وان باع سيده منه) أي من المأذون (بمثل قيمته أو أقل من القيمة صح) لان المولى أجنبي عن كسب عبده اذا كان عليه دين والكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن ملكه فيصح كما في الاجنبي وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق أخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فأفاد (وبطل الثمن) من المأذون (لو سلم) المولى المبيع (قبل قبضه) أي قبل قبض الثمن فلا يطالب العبد بشئ لانه بتسليم المبيع سقط حقه في الحبس ولا يجب له على عبده شئ فخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فلكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان أحق به من الغرماء اذ ليس هو بدين يجب في ذمة العبد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق به من الغرماء وعن أبي يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن (وله) أي للمولى (حبس المبيع بالثمن) أي بسبب الثمن يعني له حبسه حتى يستوفي الثمن لان البيع لا يزيل ملك اليد مالم يصل اليه الثمن فبقي ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء بخلاف ما اذا سلم المبيع أولا حيث يسقط لما ذكرنا (وصح اعتاقه) أي اعتاق المولى عبده المأذون له المستغرق بالدين بالاجماع لقيام ملكه فيه (وضمن قيمته) أي قيمة العبد (للغرماء) أي لاصحاب الديون لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ فأوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرماء بخلاف ما اذا كان المأذون له مدبرا أو أم ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما للغرماء لان حقهم لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيأ (وطولب) العبد المأذون (بما بقي) من الدين (بعد عتقه) لان الدين مستقر في ذمته لوجود سببه والمولى لم يتلف الا قدر القيمة فبقي الباقي عليه كما كان فيرجع به عليه وعند مالك والشافعي يؤخذ من كسبه والاطواب بعد عتقه وعن أحمد في رواية في ذمة سيده (وان باعه سيده) أي سيد المأذون (وغيبه) بالغين المعجمة أي غيب العبد (المشتري ضمن الغرماء البائع قيمته) أي قيمة العبد لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشتري وانما قيد بقوله وغيبه لان الغرماء اذا قدروا على العبد كان لهم أن يبطلوا البيع الا أن يقضي المولى ديونهم (فان رد) العبد (عليه) أي على البائع (بعيب) أي بسبب عيب بعد ما ضمنه

الغرماء

الغرماء قيمته (رجع) البائع وهو المولى (بقيمته) على الغرماء (و) كان (حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التى دفعها اليه هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط وان رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضى اقالة وهى بيع فى حق غيرهما وان فضل شئ من دينهم رجعوا به على العبد بعد الحرية (أو) ضمن الغرماء (مشتريه) أى مشترى العبد وهذا عطف على البائع والتقدير ضمن الغرماء البائع ان شاؤا وان شاؤا ضمنوا المشترى لان كل واحد منهما متعد فى حق الغرماء البائع بما ذكرنا والمشترى بالشراء والقبض والتغييب (أو اجازوا) أى الغرماء ان شاؤا اجازوا (البيع واخذوا الثمن) أى ثمن العبد ولا يضمنوا أحدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق فالحاصل أن الغرماء يتخيرون بين ثلاثة أشياء اجازة البيع وتضمين أيهما شاؤا ثم ان ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع لان أخذ القيمة منه كأخذ العين وان ضمنوا البائع سلم المبيع للمشترى وتم البيع لزوال المانع وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعون عليه وان توىت القيمة عند الذى اختاروه لان المخير بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر ولو ظهر العبد بعدما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضى قضى لهم بالقيمة ببينة أو باباء يمين لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء وان قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار ان شاؤا رضوا بالقيمة وان شاؤا ردوها وأخذوا العبد فبيع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم كذا فى النهاية (وان باعه) أى المأذون (سيده و) الحال انه قد (أعلم) المشترى (بالدين فللغرماء رد البيع) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته وفى كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم رده وفائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع فى حق المتعاقدين وان لم يكن لازما فى حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يفى بدينهم وأما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متأخر بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز بيعه لان للمرتهن ملك اليد فيه وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم وكذا اذا كان الثمن يفى بدينهم (فان غاب البائع) بعد بيع المولى المأذون وقبض المشترى (فالمشترى ليس بخصم) للغرماء اذا أنكر الدين عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يكون خصما ويقضى لهم بدينهم لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له (ومن قدم مصرا) من الامصار (وقال انا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز (ولا يباع) من

تركب الدين عليه (حتى يحضر سيده) لانه لا يلزم من وجوب الدين عليه أن يباع به ألا ترى أنّ المدبر وأمّ الولد لا يباعان به بخلاف الكسب لانّ المولى لا يملكه مادام مشغولا بحاجة العبد وانما يخلفه فى الفاضل عن حاجته (فان حضر) زيد (وأقرّ باذنه) أى بأنه أذن له (بيع) للدين لظهوره فى حقه باقراره (والا) أى وان لم يقرّ باذنه (لا) يباع الا اذا أثبت الغرماء بالبينة انه اذن له فحينئذ يباع لانّ الثابت بالبينة كالثابت عيانا (وان أذن للصبى أو المعتوه) وقد فسرناه فيما مضى فى هذا الباب (الذى يعقل البيع والشراء) أى يعلم أنّ البيع سالب للملك والشراء جالب له وان يقصد الربح ويعرف به الغبن اليسير من الفاحش وقوله (وليه) مرفوع لانه فاعل لقوله وان أذن (فهو) أى الصبى أو المعتوه المذكوران (فى الشراء والبيع كالعبد المأذون) فى جميع ماذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون مأذونا له بسكوت الولى حين مايراه يبيع ويشترى ويصح اقراره بما فى يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما الى غير ذلك من الاحكام التى ذكرناها فى العبد وقال الشافعى لا تنفذ تصرّفاته وأصل الخلاف انّ عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما هو متردّد بين النفع والضرّ أو النفع المحض وعنده غير صالحة حتى لو توكل بالتصرّف جاز وعنده لا يجوز

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الغصب) *

هو فى اللغة أخذ الشئ من الغير على وجه القهر مالا كان أو غيره حتى يطلق على أخذ الحرّ ونحوه مما لا يتقوّم يقال غصبته منه وغصبته عليه وفى الشرع (هو) أى الغصب (ازالة اليد المحقة) أى التى لها حق (باثبات اليد المبطلة) فى مال متقوّم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه وهذه القيود لا بدّ منها فانّ الغاصب لا يضمن زوائد المغصوب اذا هلكت بغير تعدّ لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لا يضمن غير المتقوّم كالخمر أو غير المحترم كمال الحربى فى دار الحرب ولا ما لا يقبل النقل كالعقار وعند محمد الغصب هو تفويت يد المالك لا غير وعند الثلاثة اثبات يد مبطلة لا غير حتى انّ الاستخدام أو الحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط عندنا وعندهم الجلوس أيضا غصب وقد أشار الشيخ الى ذلك بقوله (فالاستخدام) أى استخدام عبد الغير بغير اذنه (والحمل على الدابة) أى على دابة الغير بغير اذنه (غصب) لاثبات اليد المبطلة فيه ومن ضرورة ذلك ازالة اليد المحقة وهو يد المالك (لا) أى ليس بغصب (الجلوس على البساط) لانه ليس بتصرّف فيه فليس فيه اثبات اليد المبطلة لعدم ازالة اليد المحقة خلافا لهم (ويجب) على الغاصب (ردّ عينه) أى عين المغصوب لما روى البخارى من قوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد (فى مكان غصبه) بالاضافة أى غصب العين ويجوز بقطعها أى الواجب ردّ عينه فى مكان قد غصبه فيه لانّ المالية تختلف باختلاف الاماكن ولهذا تتفاوت القيمة به (او) ردّ (مثله) أى مثل المغصوب (ان هلك) المغصوب (وهو) أى والحال أنه (مثلى) لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ورد العين هو الموجب الاصلى لانه أعدل وأكمل وردّ القيمة أو المثل مخلص يصار اليه عند تعذر ردّ العين ولهذا يطالب بردّ العين قبل

الهلاك ولو أتى بالقيمة أو المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بأن سلمه اليه بجهة أخرى كما اذا وهبه له أو أطعمه اياه فأكله والمالك لا يدرى انه ملكه وفى الاطعام خلاف الشافعى (وان انصرم) أى انقطع (المثلى فقيمته) أى فالواجب قيمته (يوم الخصومة) عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع لانه صار الآن كالذى لا مثل له وبه قال أحمد وبعض الشافعية ولابى يوسف أن سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه وله ان حقه لا ينقطع عن الجنس الى القيمة الا بالقضاء فتعتبر قيمته يوم القضاء وبه قال مالك وأكثر الشافعية (وما لا مثل له) كالحيوان والعددى المتفاوت والمذروع (فقيمته) أى فالواجب قيمته (يوم غصبه) بالاجماع لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة وقال مالك يضمن مثله صورة (فان ادعى) الغاصب (هلاكه) أى هلاك المغصوب (حبسه الحاكم حتى يعلم انه) أى أن المغصوب (لو بقى) أى لو كان باقيا (لاظهره) وهذا مفوض الى الحاكم وليس له حد معلوم كحبس الغريم فى الدين (ثم قضى) الحاكم (عليه) أى على الغاصب (ببدله) ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك وبرهنا فبينة الغاصب أولى عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض وعند أبى يوسف بينة المالك أولى لانها تثبت وجوب الضمان والآخر ينكر والبينة للاثبات (والغصب) يتحقق (فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور فى المنقول ثم اشار الى التفريع عليه بالفاء بقوله (فان غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه) عندهما خلافا لمحمد على ما ذكرنا وبقوله قال أبو يوسف أولا وهو قول الثلاثة وبه يفتى فى الوقف (وما) أى الذى (نقص بسكناه) أى بسكنى الغاصب فى الدار المغصوبة (وزراعته) فى الارض المغصوبة (ضمن النقصان) بالاجماع لان ذلك من باب الاتلاف والعقار يضمن به كما اذا انقل ترابه واختلفوا فى تفسيره فقال نصير بن يحيى انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء يعنى ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الاقيس لان العبرة بقيمة العين دون المنفعة ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع ويتصدق بالفضل عندهما حتى اذا غصب أرضا فزرعها كرين فأخرجت ثمانية أكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه أربعة أكرار ويتصدق بالباقى وقال أبو يوسف لا يتصدق بشئ لان الزيادة حصلت فى ضمانه وملكه لان ما ضمن من الفائت يملكه بالضمان (كما) يضمن النقصان (فى النقلى) أى فى الذى ينقل ويحول وهذا بالاجماع أيضا (وان استغله) أى وان استغل الغاصب المغصوب بأن كان عبدا مثلا فأجره فنقصه الاستغلال وضمن النقصان (تصدق بالغلة) عندهما خلافا لابى يوسف وقد ذكرناه الآن (كما) يتصدق بالربح (لو تصرف فى المغصوب والوديعة) بان باع (وربح) فيه هذا على وجوه اما أن يكون مما يتعين بالتعيين كالعروض أو لا يتعين كالنقدين فالاول لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور ههنا فانه لا يطيب له ويتصدق به والثانى على أربعة أوجه على ما قاله الكرخى اما ان أشار اليه ونقد منه أو أشار اليه ونقد من غيره أو أطلق اطلاقا ونقد

منه أو أشار الى غيره ونقد منه وفي كل ذلك يطيب له الا في الوجه الاول وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب بكل حال أو يتناول منه قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند أبي يوسف لا يتصدق بشيء منه وهذا الاختلاف بينهم فيما اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل المضمون دراهم وان كان في يده من بدله خلاف جنس ما ضمن فان ضمن دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس ومالم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح (وملك) الغاصب العين المغصوبة ولكن (بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بشى) اللحم بعد ذبح الشاة (وطبخ) اللحم بعد ذبح الشاة وكذا بقطعه بعد الذبح (وطحن) الحنطة (وزرع) الحنطة ونحوها (واتخاذ سيف) من الحديد (و) اتخاذ (اناء) من صفر ولكن انما يملك بالتغيير (غير الحجرين) وهما الذهب والفضة فانه لا يملكهما باتخاذه أواني أو بضربه دنانير أو دراهم عند أبي حنيفة لان الحاصل بصنعه الجودة وهي غير متقومة في مال الربا وقالا يملكهما الغاصب وعليه المثل لان التركيب بهذه الصناعة ملكه وقوله (وبناء) بالجر عطف على قوله واناء أي وملك الغاصب أيضا ببناء (على ساجة) بالجيم وهو مفرد ساج وهو شجر عظيم صلب قوي ينبت ببلاد الهند وهي من أعز الاشجار ويستعمل في أبواب الدور وبنائها وأساسها وقال الكرخي وأبو جعفر انما ينقطع حق المالك عن الساجة اذا بنى حولها وأما اذا بنى عليها فلا ينقطع وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك كيفما كان فيهدم البناء ويأخذ ساجته وعندنا انقطع حقه مطلقا في الصحيح لان في فعله ضررا بالغاصب وفي الذخيرة هذا اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وأما اذا كان قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم ينقطع حق المالك عنها وانما ينقطع حق المالك بهذه الاشياء لانه استهلاك من وجه لفوات معظم المقاصد وتبدل الاسم وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على ما فات من وجه وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك عنها وهو رواية عن أبي يوسف غير انه اذا اختار أخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال الربوية لانه يفضي الى الربا وعند الشافعي يضمنه وهو قول أحمد لان الاوصاف تابعة للعين والملك يبقى ببقاء العين وهي باقية ومذهب مالك أنه يخير المالك بين التضمين وأخذ العين بلا شيء وعن أبي يوسف أن ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب لكنه يباع فيوفى به دين المغصوب منه يعني ما وجب له عليه بالغصب من المثل أو القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر غرمائه ثم القياس أن يجوز الانتفاع به قبل أداء الضمان لانقطاع حق المالك وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة ولكن الاستحسان أن لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الاسارى أخرجه الدارقطني ولقد أفاد هذا الامر بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء (ولو ذبح) رجل (شاة) لآخر (او خرق ثوبا) لغيره خرقا (فاحشا ضمن القيمة) أي قيمة الشاة أو قيمة الثوب (وسلم) المالك (المغصوب اليه) أي الى الغاصب (او ضمن) الغاصب (النقصان) واخذه المالك وكذا اذا قطع يد الشاة أو رجلها لان هذه الاشياء اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض

الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوت بعض المنفعة في الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه وأخذه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمنه النقصان اذا أخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها والاول هو الظاهر ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته مع أخذه (وفي الخرق اليسير ضمن) الخارق (نقصانه) يعني مع أخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له أن يضمنه النقصان واختلفوا في حد الخرق الكبير واليسير فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير وقيل الفاحش ما ينتقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم فيخير المالك بين أن يميل الى الهالك أو القائم والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة (ولو غرس) رجل (أو بنى في أرض الغير قلعا) أي الغرس والبناء (وردت) الارض الى صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أي لذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال صام نهاره وقام ليله (وان نقصت الارض بالقلع) أي بقلع الشجر والبناء (ضمن) صاحب الارض للغاصب (البناء) حال كونه مقلوعا (والغرس) حال كونه (مقلوعا) ويكونان له لان فيه رفع الضرر عنهما وانما يضمن قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع وكيفية معرفتهما أن تقوم الارض وبها بناء أو شجر استحق قلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما هكذا قالوا ولكن هذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع وانما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا أن لو قوم البناء والغرس مقلوعا موضوعا في الارض بأن يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا أو لبنا وحجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير أن يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية (ويكون) البناء أو الغرس (له) أي لصاحب الارض (وان صبغ) الغاصب الثوب الذي غصبه (أولت) أي اذا خلط (السويق) الذي غصبه (بسمن) فالمالك بالخيار ان شاء (ضمنه) أي الغاصب (قيمة ثوب أبيض و) ضمنه (مثل السويق أو) ان شاء (أخذهما) أي الثوب والسويق (وغرم) أي المالك للغاصب (ما زاد الصبغ) في الثوب (والسمن) في السويق وعند الشافعي يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان وبه قال أحمد وعن الشافعي يبيعان ويقسمان الثمن على قيمة الثوب والصبغ قلنا الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما أمكن وكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لانه صاحب أصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالاصل وكذا السويق أصل والسمن تبع فيخير صاحبه لعدم التميز وما روي عن أبي حنيفة أن السواد نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة فهو اختلاف عصر وزمان فان بني أمية في زمانه كانوا يمتنعون من لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فأجاب كل على ما شاهده ولهذا لم يتعرض الشيخ رحمه الله لذكر هذا ولا للون الصبغ لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا منها ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص فلا معنى بالتقييد

بلون دون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة والنقصان حقيقة والله أعلم

هذا (فصل) فى تصرفات الغاصب فى المغصوب وغيره (غيب) بالغين المعجمة أى الغاصب اذا غيب (المغصوب وضمن قيمته) للمالك (ملكه) لان المالك ملك البدل فوجب أن يزول ملكه عنه كيلا يجتمع البدلان فى ملك واحد وعند الشافعى لا يملكه لانه محظور فلا يكون سببا للملك (والقول فى القيمة) أى فى قيمة المغصوب (للغاصب مع يمينه) لانه منكر (والبينة للمالك) لانه مدع (فان ظهر) المغصوب بعد ذلك (و) الحال أن (قيمته أكثر) من الذى ضمنه الغاصب (و) الحال انه (قد ضمنه بقول المالك أو ببينته) أى أو ضمنه ببينة المالك (او) ضمنه (بنكول الغاصب فهو) أى المغصوب (للغاصب ولا خيار للمالك) لانه رضى به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه (وان) كان قد (ضمنه بيمين الغاصب فالمالك) بالخيار ان شاء (يمضى الضمان أو) ان شاء (يأخذ المغصوب) من الغاصب (ويرد العوض) الذى أخذه من الغاصب لعدم تمام رضاه بهذا المقدار من الضمان ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ماضمنه أو أقل فى هذه الصورة وهى ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخى لا خيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفى ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح (وان باع) الغاصب (المغصوب فضمنه المالك) قيمته (نفذ بيعه) اى بيع الغاصب (وان حرره) أى وان حرر الغاصب العبد المغصوب (ثم ضمنه) المالك (لا) ينفذ عتقه والفرق أن ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا وهو يكفى لنفوذ البيع دون العتق ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه (وزوائد المغصوب) سواء كانت متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والثمرة والصوف واللبن (امانة) فى يد الغاصب (فتضمن بالتعدى أو بالمنع بعد طلب المالك) وقال الشافعى عليه الضمان مطلقا لوجود حد الغصب وبه قال أحمد ولنا أن سبب الضمان اخراج العين من أن تكون منتفعا بها فى حق المالك ولم يوجد الا اذا وجد ما يفوت حقه كالتعدى والمنع بعد الطلب (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون) على الغاصب (و) لكن (يجبر) النقصان (بولدها) ان كان فى قيمته وفاء ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وقال زفر والشافعى لا يجبر النقصان بالولد لانه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها أوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد فاذا صار مالا انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان (ولو زنى) الغاصب (بمغصوبة فردت) الى مالكها فحبلت (فماتت) عند المالك (بالولادة) أى بسببها (ضمن) الغاصب (قيمتها) يوم علقت (ولا تضمن الحرة) لانها لا تضمن بالغصب هذا عند أبى حنيفة وقالا لا تضمن الامة أيضا الا نقصان الحبل لان الرد قد يصح مع الحبل ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث فى يد المالك فلا يبطل به الرد ولا يضمنها الغاصب الا النقصان وله انه لم يردها كما أخذها لانه أخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب حتى نقول يبقى ضمان الغصب ويفسد به الرد ولا يجب ردها أصلا فافترقا (ومنافع الغصب) بالرفع عطف على قوله الحرة أى ولا تضمن منافع الغصب صورته اذا غصب عبدا خبازا مثلا وأمسكه شهرا ثم رده الى المالك لا يضمن منافع

الشهر عندنا وكذا اذا غصب مسكا فشمه ورده ونحو ذلك وبه قال مالك وقال الشافعي وأحمد يضمن لانها مال متقوم مضمونة بالعقد كالاعيان ولنا أن عمر وعليا رضي الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب أجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما أن المستحق يطالب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع أولادها ولو كان ذلك واجبا له لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما وفي اشارات الاسرار المنافع لا تضمن بالغصب سواء صرفها الى نفسه أو عطلها على المالك وقال الشافعي تضمن في الحالين وقال صدر الاسلام البردوي في شرح الكافي ليس على الغاصب في ركوب الدابة وسكنى الدار أجر وهو مذهب علمائنا (و) لا يضمن أيضا (خمر المسلم أو خنزيره بالاتلاف) لعدم تقومهما في حقه (وضمن) المتلف (لو كانا) أي الخمر والخنزير (لذمي) لانهما مال في حقه وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون وعند الشافعي لا يضمنهما الذمي أيضا لانهما غير متقومين في حق المسلم فوجب أن يكونا في حقهم كذلك لانهم اتباع لنا في الاحكام وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمي لذمي ثم عندنا يجب على المسلم قيمتهما وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه اياها بخلاف الذمي اذا استهلك خمر الذمي حيث يجب عليه مثلها لقدرته عليه ولو أسلم الطالب بعدما قضى له بمثلها فلا شئ على المطلوب لان الخمر في حقه ليست متقومة فكان باسلامه مبرئا له عما كان في ذمته من الخمر وكذا لو اسلما ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم الطالب بعده قال أبو يوسف لا يجب عليه شئ وهو رواية عن أبي حنيفة وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن أبي حنيفة (وان غصب خمرا من مسلم فخللها) أي صيرها خلا بأن نقلها من الشمس الى الظل أو من الظل الى الشمس (أو غصب جلد ميتة فدبغ) بما له قيمة كالعفص والقرظ ونحوهما (فللمالك أخذهما) أي أخذ الخل والجلد المدبوغ (ورد) المالك الى الغاصب (ما زاد الدباغ) في الجلد ويأخذ الخل بغير شئ والفرق أن التخليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المغصوب منه وبالدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وطريق معرفته أن ينظر الى قيمة الجلد ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما (وان أتلفهما) أي وان أتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل أن يردهما الى صاحبهما (ضمن الخل فقط) يعني لا يضمن الجلد المدبوغ عند أبي حنيفة وقالا يضمن قيمة الجلد أيضا مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك كما في مسئلة الخل ثم يعطيه ما زاد الدباغ فيه بخلاف الهلاك لانه لم يوجد منه التفويت وكذا لو دبغه بشئ لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك وله أن ماليته وتقومه حصلت بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لصنعه في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف فكذا التبع فصار كما اذا هلك بغير صنعه بخلاف ما اذا دبغه بشئ لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تبق حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته فيما اذا دبغه بشئ متقوم ليس له ذلك بالاتفاق وقيل عندهما له ذلك فيضمنه مثل قيمة

جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما
لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه مجانا لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن
قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ والاكثرون على الاول ولو جعل الغاصب الجلد فروا
أو جرابا أو زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل ثم ان كان الجلد ذكيا وجب عليه قيمته يوم
الغصب وان كان جلد ميتة فلا شيء عليه ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قيل عند أبي حنيفة صار
ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه بالخلط بماله استهلكه فصار كالجلد اذا استهلكه بعد الدباغ
باتخاذه الفرو وغيره وعندهما أخذه المالك وأعطاه مازاد الملح فيه ومعناه أن يعطيه مثل وزن
الملح من الخل ولو خللها بصب الخل فيها قيل يكون للغاصب بغير شيء عند أبي حنيفة سواء صارت
خلا من ساعتها أو بمرور الزمان عليها وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال أبو حنيفة
وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما (ومن كسر معزفا) بكسر الميم اسم
آلة اللهو كالعود والبربط ونحوهما (أو أراق سكرا) بفتحتين وهو نقيع الرطب اذا غلا واشتد
(أو) اراق (منصفا) وهو العصير الذي طبخ وذهب نصفه وغلا واشتد (ضمن) عند أبي حنيفة
قيمته لغير اللهو لانه أتلف مالا ينتفع به من وجه سوى التلهي فيضمن قيمته من ذلك الوجه
كاستهلاك الامة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي
وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال أبو حنيفة اذا كسر رجل على رجل بربطا
أو طبلا يضمن قيمته خشبا منحوتا وفي المنتقى عن أبي حنيفة يضمن قيمته خشبا مخلعا وانما الذي
يحرم منه التأليف قال الفقيه أبو الليث وكانوا يقولون ان معنى قول أبي حنيفة انه يضمن
قيمته أن لو اشترى لشيء آخر سوى اللهو فينظر لو أن انسانا أراد أن يشتريه ليجعله وعاء للملح أو
غير ذلك بكم يشترى فيضمن قيمته بذلك المقدار وقال فخر الدين قاضيخان على قول أبي حنيفة
يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية ففي الدف يضمن قيمته دفا يوضع فيه القطن وفي البربط يضمن
قيمته قصعة يجعل فيها الثريد ونحو ذلك ثم قيل الخلاف في الدف والطبل اللذين يضربان للهو
وأما اللذان يضربان في العرس أو الغزو فيضمن بالاتفاق وقال الامام العتابي في شرح الجامع
الصغير ولو كان طبل الحاج أو طبل الصيد أو دف يلعب به الصبية في البيت يضمن بالاتفاق
وأما في السكر فيجب فيه قيمته وكذلك المنصف لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز
فعله وعندهما لا يضمن هذه الاشياء لانها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر وبه قالت
الثلاثة والفتوى على قولهما لكثرة الفساد بين الناس حتى قالوا رواية عن الاصحاب انه يهدم
البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد وقالوا أيضا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين
وقد هجم عمر رضي الله تعالى عنه على نائحة في بيتها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل
له يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال انها لا حرمة لها وفي شرح مختصر الكرخي لو أتلف على
نصراني صليبا ضمن قيمته صليبا لانا أقررناهم على هذا الصنيع فصار كالخمر التي هم مقرون عليها
وفي الغاية قال أصحابنا ان الذمي يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم الا شرب الخمر وأكل الخنزير لانا
استثنيناه بالامان (وصح بيع هذه الاشياء) أي المعزف والسكر والمنصف على أصل أبي حنيفة
خلافا لهما (ومن غصب ام ولد أو) غصب (مدبرة فماتت) عنده (ضمن قيمة المدبرة لا ام الولد)

عنده

عند أبي حنيفة وقالا يضمن أم الولد أيضا لانها متقومة عندهما كالمدبرة وعنده غير متقومة بخلاف المدبرة وبقولهما قالت الثلاثة وقيمة أم الولد ثلث قيمة القن وقيمة المدبرة قيل ثلثا قيمة القن وقيل نصف قيمته وقد مر تحقيقه في البيع الفاسد والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الشفعة)

وهي في اللغة من الشفع وهو الضم ضد الوتر من شفع الرجل اذا كان فردا فصار له ثان والشفيع أيضا بضم المأخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة وفي الشرع (هي) أي الشفعة (تمليك البقعة جبرا) أي من حيث الجبر (على المشتري بما) أي بالذي أي بالثمن الذي (قام عليه) أي على المشتري وقيل هي ضم بقعة مشتراة الى عقار الشفيع بسبب الشركة أو الجوار وهذا أحسن (وتجب) الشفعة والمراد من الوجوب الثبوت (للخليط) وهو الشريك الذي لم يقاسم (في نفس المبيع) وهذا بالاجماع لما روى جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك وان باعه ولم يؤذن به فهو أحق به رواه مسلم وأبو داود والنسائي (ثم تجب (للخليط في حق المبيع) وهو الذي قاسم وبقيت له شركة في حق العقار (كالشرب) بكسر الشين (والطريق) بشرط أن يكونا خاصين وهو أن يكون النهر لا تجري فيه السفن والطريق الذي لا ينفذ أشار اليه بقوله (ان كان) كل واحد من الشرب والطريق (خاصا) حتى اذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة وقال الشارح والشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد أن يكون نهرا صغيرا لا تجري فيه السفن وان كان كبيرا تجري فيه السفن فليس بخاص فاذا بيع أرض من الاراضي التي تسقى منها لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل اذا كان أهله لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون فهو صغير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بأربعين وعن أبي يوسف الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام وقيل هو مفوض الى رأي المجتهدين في كل عصر فان رأوهم كثيرا كانوا كثيرا وان رأوهم قليلا كانوا قليلا وهو أشبه الاقاويل (ثم) تجب الشفعة بعد ذلك (للجار الملاصق) وهو الذي داره على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقول جابر رضي الله تعالى عنه انه عليه السلام قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه البخاري وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار من غيره رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه وقوله عليه السلام الجار أحق بسقبه ما كان رواه أحمد والنسائي وابن ماجه ويروى بصقبه وكلاهما بمعنى واحد وهو القرب وقد روى هذا التفسير مرفوعا أثبت النبي صلى الله عليه وسلم الشفعة للجار بعلة قربه فيستحق الشفعة وحديث جابر معناه انه لا تجب للجار بقسمة الشركاء لانهم أحق منه وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الاحاديث (والشريك في خشبة) موضوعة (على الحائط وواضع الجذوع على الحائط جار) فلا يستحق الشفعة الا بعد الشريك في نفس المبيع

والشريك فى حق المبيع لان الشركة المعتبرة هى الشركة فى العقار لا فى المنقول والخشبة منقولة وبوضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكا فى الدار وكذا بالشركة فى الجذوع لا يكون شريكا فيها لكنه جار ملاصق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر فيستحق الآخر الشفعة على انه جار ملاصق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا بينهما كان هو أولى من غيره من الجيران وقال الكرخى فى مختصره الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعا بثلاثة معان الشركة فيما وقع عليه عقد البيع أو بالشركة فى حقوق ذلك أو بالجوار الاقرب فالاقرب وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هى مفردة لبعضهم وساحة الدار مرفوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها وباب الدار التى فيها المنازل فى زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء فى المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبى بحقوقه من التطرق فى الساحة فالشريك فى المنزل أحق بالشفعة من الشريك فى الساحة ومن الشريك فى الزقاق الذى فيه باب الدار فان سلم الشريك فى المنزل الشفعة فالشريك فى الساحة أحق بالشفعة وان سلم الشريك فى الساحة فالشريك فى الزقاق الذى لا منفذ له الذى يشرع فيه باب الدار أحق بعده بالشفعة من الجار الملاصق وجميع أهل الزقاق الذى طريقهم فيه شركاء فى الشفعة من كان فى أدناه واقصاه فى ذلك سواء فان سلم الشركاء فى الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له فى الزقاق بعد هؤلاء أحق وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة ممن لا طريق له فى الزقاق اه وكلمة على فى قوله (على عدد الرؤس) تتعلق بقوله تجب للخليط أى تجب الشفعة على عدد الرؤس وقال الشافعى على قدر سهامهم وبه قال مالك وأحمد كما اذا كانت دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر سدسها وللآخر ثلثها فباع صاحب السدس سدسه فطلبا الدار بالشفعة فانها تقسم بينهما اخماسا ثلاثة اخماس لصاحب النصف والخمسان لصاحب الثلث لان الشفعة من مرافق الملك فأشبه الربح ولنا أن العلة اتصال الملك وقليله فى ذلك ككثيره فيكون ما باع صاحب السدس بينهما نصفان والباء فى قوله (بالبيع) تتعلق بقوله تجب أيضا أشار بهذا الى أن سبب وجوب الشفعة البيع أعنى بيع الدار المشفوعة هكذا قال بعضهم والصحيح أن السبب هو اتصال الاملاك على اللزوم والبيع شرط فحينئذ يكون التقدير تجب الشفعة بعقد البيع أى بعد وجوده والمراد بالبيع الصحيح فان البيع الفاسد لا تجب فيه الشفعة لانه قبل القبض لا يفيد الملك وبعده مستحق للفسخ فايجابها تقرير الفساد فلا يجوز الا اذا سقط الفسخ وجبت لزوال المانع وفيه قيد آخر وهو أن يكون خاليا عن خيار البائع لانه يمنع خروج المبيع عن ملكه حتى لو أسقطه وجبت وخيار المشترى غير مانع لانه لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع وكذلك خيار الرؤية والعيب لا يمنعان (وتستقر) الشفعة (بالاشهاد) لانها حق ضعيف فلا بد من طلب المواثبة والاشهاد على الطلب (وتملك) الشفعة (بالاخذ) أى بأخذ الدار المشفوعة (بالتراضى) بأن سلمها المشترى برضاه (أو بقضاء القاضى) من غير أخذ لانها ملك فلا يصح الا بما ذكرنا وفائدته أنه اذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل التسليم أو الحكم لا يورث عنه ولو باع داره التى يستحق

بها

بها الشفعة بطلت شفعته ولو بيعت دار بجنبها لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها

هذا (باب) في بيان أحكام (طلب الشفعة)

وبيان كيفية الطلب (فان علم الشفيع بالبيع) أي ببيع الدار المشفوعة (اشهد) على نفسه على الفور من غير تأخير ولا سكوت (في مجلسه على الطلب) لان سكوته بعد العلم يدل على رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرته فتبطل شفعته به ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو وسطه فقرأ الكتاب الخ بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشترى والثمن فان أخبر بحضرة الشهود يشهدهم عليه والا يطلب من غير اشهاد لان هذا الطلب صحيح من غير اشهاد ويشترط أن يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ وهو مروى عن محمد وعنه أن له التأمل الى آخر المجلس كالمخيرة وبهذا أخذ الكرخي ولو قال بعد ما علم البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم أو سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية وكذا لو قال من ابتاعها وبكم بيعت وكذا لو قال خلصني الله تعالى ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره بها رجلان غير عدل أو واحد عدل عند أبي حنيفة أو رجل وامرأتان وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا أخبر واحد حرا كان او عبدا صغيرا كان أو كبيرا اذا كان الخبر حقا واذا لم يشهد بطلت شفعته ولو أخبره المشترى بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم (ثم) أشهد (على البائع لو) كان المبيع (في يده أو) أشهد (على المشترى أو) أشهد (عند العقار) وهذا طلب التقرير وما ذكرنا طلب المواثبة وكيفيته أن يقول ان فلانا باع هذه الدار ويذكر حدودها الاربعة وأنا شفيعها طلبت شفعتها وأطلبها الآن فاشهدوا على بذلك ومدة هذا الطلب مقدرة بتمكنه من الاشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وان قصد الابعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جميعا في مصره جاز استحسانا وان كان بعضهم في مصره والبعض الآخر في مصر آخر أو في الرستاق فقصد الابعد وترك الذي في مصره بطلت شفعته وان أشهد عند طلب المواثبة على البائع بأن كان حاضرا أو على المشترى أو عند العقار يكفيه ذلك ويقوم مقام الطلبين ذكره شيخ الاسلام وبقي طلب ثالث وهو طلب الاخذ والتملك أشار اليه بقوله (ثم لا تسقط) الشفعة (بالتأخير) أي بتأخير طلب الاخذ بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد عندهما وعند محمد ان أخر هذا الطلب الى شهر من غير عذر بطلت وبه قال زفر وهو رواية عن أبي يوسف وفي العيون وبعضنا أفتى به وعنه أنه قدره بثلاثة أيام وعن أبي يوسف اذا ترك المحاكمة والمرافعة الى القاضي في زمان يقدر على ذلك بطلت وعند الشافعي في الجديد وأحمد في رواية تبطل بالتأخير ولو بلا عذر وعند مالك تبطل بمضي سنة والفتوى على قول أبي حنيفة انها لا تبطل أبدا حتى يسقطها بلسانه لان الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق ولو كان التأخير بعذر من مرض أو سفر أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط بالاجماع وان طالت المدة (فان طلب) الشفيع الشفعة (عند القاضي سأل) القاضي (المدعى عليه) وهو المشترى عن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك للشفيع أم لا (فان أقر)

المشتري (بملك) الشفيع (مايشفع به اونكل) المشتري عن اليمين بعد ماأنكر (أو برهن الشفيع) أي أو أقام بينة أنه املكه (سأله) أي سأل القاضي المشتري (عن الشراء) فيقول له اشتريت أم لا (فان اقر) المشتري (به) أي بالشراء (اونكل) عن اليمين بعد ماأنكر (اوبرهن الشفيع) أي أقام بينة على الشراء (قضى) القاضي (بها) أي بالشفعة لثبوته عنده والواجب في هذا أن يسأل القاضي أولا المدعي عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها لانه ادعى فيها حقا فلا بد أن تكون معلومة فاذا بين ذلك سأل هل قبض المشتري الدار أم لا لانه اذا لم يقبضها لاتصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد فاذا بين ذلك كله تم دعواه ثم أقبل على المدعى عليه فسأله عن الدار التي يشفع بها هل هي ملك الشفيع أم لا فان اعترف ثبت باعترافه وان أنكر كلف القاضي الشفيع اقامة البينة على أنه مالك لما يشفع به وعند زفر يقضي بظاهر اليد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وقول الشافعي لان اليد دليل الملك ظاهرا ولنا أن الظاهر يكفي للدفع دون الالزام فان عجز عن البينة فطلب يمينه استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به عند أبي يوسف وعند محمد يحلف على البتات فان نكل أو أقام الشفيع بينة أو أقر المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب وبعد ذلك سأل القاضي المدعى عليه فيقول له هل اشتريت أم لا فان أنكر الشراء قال للشفيع أقم البينة أنه اشترى فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين المشتري استحلف بالله ما اشترى أو بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تحليف على الحاصل وهو قول أبي حنيفة ومحمد والاول على السبب وهو قول أبي يوسف فان نكل أو أقر أو أقام الشفيع بينة قضى بها لظهور الحق بالحجة (ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى) فيجوز له المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضي وعن محمد لا يقضى له بها حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة احترازا عن توى الثمن وجه الظاهر أنه لا يجب عليه الا بعد القضاء لانه قبل القضاء غير واجب عليه فلا يطالب به وعند الشافعي ينتظر ثلاثة أيام وعند مالك واحمد يومين فان حضر والا فسخ فان قال ليس عندي الثمن أو احضره غدا أو ما اشبه ذلك تبطل الشفعة وعند الثلاثة لا (بل) انما يلزم الشفيع احضار الثمن (بعد القضاء) أي بعد قضاء القاضي بالشفعة لما ذكرنا (وخاصم) الشفيع (البائع لو) كان المبيع (في يده) لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما لان يدهم ليست باصالة فلا يكون خصما (ولا يسمع القاضي) (البينة حتى يحضر المشتري) لان لكل منهما في المبيع حقا للبائع اليد وللمشتري الملك والشفيع يتعرض للحقين جميعا فلا بد من حضورهما (فيفسخ البيع بشهده) أي بشهد المشتري أي بحضوره بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لان العقد قد انتهى بالتسليم فصار البائع أجنبيا عنهما (والعهدة) وهي ضمان الثمن عند الاستحقاق (على البائع) عندنا وقالت الثلاثة على المشتري والاصل في ذلك أن حقوق العقد ترجع الى المالك عندهم والى العاقد عندنا (والوكيل بالشراء خصم للشفيع مالم يسلم) المبيع (الى الموكل) لان الوكيل هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيكون متوجها عليه الا أن يسلم

الدار

الدار الى الموكل فيخرج عن الخصومة وعند الثلاثة الخصم هو الموكل ابتداء لان
الوكيل بمنزلة السفير (وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشترى البراءة منه)
أى من العيب بالاجماع لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فيثبت فيها الخيار ولا يسقط
برؤية المشترى وبشرط براءته لان الشفيع ليس بنائب عنه فلا يسقط حقه باسقاط المشترى
(وان اختلف الشفيع والمشترى فى) مقدار (الثمن فالقول للمشترى) لانه منكر لان
الشفيع يدعى استحقاق الاخذ عند نقد الاقل والمشترى ينكره ولا يتحالفان لان التحالف
عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشترى لا يدعى على
الشفيع شيأ فلا يكون الشفيع منكرا ولا يكون فى معنى ما ورد به النص فامتنع القياس (وان
برهنا) أى وان أقام كل واحد منهما البينة على دعواه (فللشفيع) أى فالبينة بينة الشفيع
عندهما وعند أبى يوسف البينة بينة المشترى لانها تثبت الزيادة وعند الشافعى وأحمد تتهاترتا
والقول للمشترى وعنهما يقرع وعند مالك يحكم بالاعدل والا باليمين ولهما ان بينة الشفيع
ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة لان الشفيع لو ترك يترك فيكون الملزم أولى (وان ادعى المشترى
ثمنا وادعى بائعه أقل منه و) الحال أنه (لم يقبض الثمن أخذها) أى المشفوعة (الشفيع بما قال
البائع) لان الامر ان كان كما قاله البائع فالشفيع يأخذه به وان كان كما قاله المشترى يكون حطا
عن المشترى بدعواه الاقل وحط البعض يظهر فى حق الشفيع فيأخذه به ولو كان ما ادعاه
البائع أكثر مما ادعاه المشترى تحالفا وأيهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها
الشفيع بذلك وان فسخ القاضى العقد بينهما يأخذه الشفيع بما يقوله البائع (وان قبض
البائع الثمن فى المسئلة المذكورة (أخذها) الشفيع (بما قال المشترى) اذا ثبت ذلك بالبينة
أو بيمينه ولا يلتفت الى قول البائع لان باستيفاء الثمن انتهى العقد وصار البائع كالاجنبى وعند
الثلاثة يؤخذ بقول المشترى هنا أيضا (وحط البعض) أى بعض الثمن (يظهر فى حق الشفيع)
حتى يأخذه بما بقى لان الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقى هو الثمن وعند الثلاثة لا يظهر
ولا يسقط عن الشفيع بل عليه الثمن المسمى وقد مر أصل هذا فى كتاب البيوع (لا) يظهر (حط
الكل) أى كل الثمن يعنى لو حط البائع كل الثمن عن المشترى لم يسقط عن الشفيع بالاجماع
لانه يصير بيعا بلا ثمن وانه باطل (و) لا يظهر أيضا (الزيادة) على الثمن بعد عقد البيع حتى
لا تلزمه الزيادة بالاجماع لان فى اعتبارها الحاق الضرر به وهو مدفوع (وان اشترى دارا
بعرض أو بعقار أخذها) أى الدار (الشفيع بقيمته) أى بقيمة ذلك العرض أو العقار (و)
أخذها (بمثله) أى بمثل ذلك العرض (لو) كان (مثليا) أى من ذوات الامثال
كالمكيل والموزون والعددى المتقارب كما فى ضمان العدوان (و) أخذها الشفيع
(بحال) أى بثمن حال (لو) كان الثمن (مؤجلا) بأن كان المشترى اشتراها الى أجل (أو يصبر)
الشفيع عن الاخذ (حتى يمضى الاجل) المضروب بين البائع والمشترى (فيأخذها) بعد ذلك
وقال زفر ومالك وأحمد والشافعى فى القديم له ان يأخذها فى الحال بالثمن المؤجل لان الشراء
وقع به ولنا أن الاصل فى الثمن أن يكون حالا وانما يؤجل بالشرط ولا شرط فى حق الشفيع ثم لا بد
من الطلب ان كان يصبر الى حلول الاجل حتى لو سكت ولم يطلب فى الحال بطلت شفعته عندهما

وعند أبي يوسف لا تبطل بالتأخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال ولهما أن حقه قد ثبت ولهذا له أن يأخذ بثمن حال ولولا أن حقه ثابت لما كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة (و) أخذها (بمثل الخمر وقيمة الخنزير ان كان الشفيع ذميا) صورته اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر أو خنزير فان كان شفيعه ذميا أخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا صحيح فيما بينهم فاذا صح ترتب عليه أحكام البيع مثل الشفعة ونحوها غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذها بها لانها من ذوات الامثال والخنزير من ذوات القيم فيجب عليه قيمته وان كان الشفيع مسلما وذميا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخمر أو مثلها ولو أسلم الذمي صار حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بالقيمة والمستأمن كالذمي في جميع ذلك (و) أخذ (بقيمتهما) أي بقيمة الخمر وقيمة الخنزير (لو) كان الشفيع (مسلما) لانه لا يقدر على تسليم المثل لكونه ممنوعا عن تمليكهما وتملكهما فيجب عليه قيمتهما كما في ضمان العدوان (و) أخذها (بالثمن وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري) على الارض المشفوعة (أو غرس) فيها (أو كلف) الشفيع (المشتري قلعهما) أي قلع البناء والغرس ويأخذ الارض فارغة وعن أبي يوسف أنه لا يكلفه بالقلع ولكنه بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك وبه قال مالك والشافعي في قول وعن الشافعي وأحمد ليس له قلعهما بل يأخذها بقيمتهما فقط وجه الظاهر أن المشتري تصرف في أرض تعلق بها حق متأكد للغير من غير تسليط من جهته فينتقض (فان فعلهما) أي البناء والغرس (الشفيع فاستحقت) الارض بعد ذلك فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلعهما (رجع) الشفيع على المشتري (بالثمن) لانه تبين أن المشتري أخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم تكن في ملكه فيسترد منه الثمن (فقط) يعني لا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان أخذها منه ولا على المشتري ان أخذها منه معناه لا يرجع بما نقص بالقلع وعن أبي يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه فكان كالمشتري وجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشتري ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع أخذها منه جبرا (و) أخذها الشفيع (بكل الثمن ان خربت الدار) بعد شراء المشتري من غير صنع أحد (أو جف الشجر) كذلك لانهما تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ولهذا يبيعهما في هذه الصورة مرابحة بلا بيان بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الفائت بعض الاصل هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب وأما اذا بقي شيء من ذلك فلا بد من سقوط بعض الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ (و) أخذها (بحصة العرصة ان نقض المشتري البناء) لانه صار مقصودا بالاتلاف والتبع اذا صار مقصودا به يقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليهما بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة لانه صار له قيمة بالحبس ونقض الاجنبي البناء

كنقض المشترى (والنقض) بكسر النون بمعنى المنقوض كالنكث بمعنى المنكوث وجاء النقض بفتحتين (له) أى للمشترى لان الشفيع انما يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال (و) أخذها الشفيع (بثمرها ان ابتاع) أى ان اشترى المشترى (أرضا ونخلا وثمرا) بان شرطه فى البيع (أو) اشترى أرضا ثم (أثمر) النخل (فى يده) أى فى يد المشترى بعد الشراء لانه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه (وان جذه) بالذال المعجمة المشددة أى وان قطع (المشترى) الثمر فيما اذا اشتراها بالثمن بالشرط (سقطت حصته) أى حصة الثمن (من الثمن) لانه لما دخل بالتسمية صار أصلا وكذلك اذا هلك بآفة سماوية وأما فى الفصل الثانى فيأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ فى المبيع الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن وكان أبو يوسف يقول أولا يحط عنه من الثمن فى الفصل الثانى أيضا ثم رجع الى ماذكر فى الكتاب

* هذا (باب) فى بيان أحكام (ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب) *

(انما تجب الشفعة فى عقار) سواء كان مما يقسم أو مما لا يقسم وقال الشافعى لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحى والحمام والنهر والطريق والاصل فيه انها عنده لدفع ضرر القسمة فلا تتحقق الا فيما يقسم وعندنا لدفع ضرر الجوار على الدوام ولا اختصاص لذلك بالمقسوم دون غيره وقوله (ملك) على صيغة المجهول صفة لقوله عقار واحترز بقوله (بعوض) عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله (هو مال) عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب فى هذه الاشياء (لا) تجب الشفعة (فى عرض وفلك) أى سفينة وقال مالك تجب فى السفينة لانها تسكن كالعقار وعن أحمد ومالك فى رواية تجب فى منقول ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا شفعة الا فى ربع أو حائط (و) لا تجب أيضا فى (بناء ونخل بيعا بلا عرصة) لانهما منقولان وان بيعا مع الارض تجب تبعا لها بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به فى السفل على انه خليط فى الحقوق وهو الطريق لان حق التعلى يبقى على الدوام وهو غير منقول فيستحق به الشفعة كالعقار ولا كذلك البناء والنخل فلا يستحق بهما الشفعة (و) لا تجب أيضا فى (دار جعلت مهرا) بأن تزوج عليها امرأة (أو) جعلت (أجرة) بأن استأجر حماما بدار يدفعها اليه عوض الاجرة (أو) جعلت (بدل خلع) بان خالعها على دار دفعتها اليه (أو) جعلت (بدل صلح عن دم العمد او) جعلت (عوض عتق) بأن أعتق عبده على دار وعند الشافعى تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده وعندنا لا لان المستحق بهذه العقود ليست بمال غير ان الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها أو للضرورة فلا يتعدى موضعها ولا ضرورة فى حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة فى حقه (أو وهبت) الدار (بلا عوض مشروط) فى العقد ولو شرط تجب لانها بيع انتهاء وأما اذا وهب له هبة ثم عوض عنها بغير شرط لا تجب عندنا خلافا لمالك (أو بيعت) الدار (بخيار البائع) لان خياره لا يخرجها عن ملكه (أو بيعت) الدار بيعا (فاسدا) لانه مستحق الفسخ (مالم يسقط حق الفسخ بالبناء) أى ببناء المشترى فيها لان حق البائع ينقطع به عند أبى حنيفة وعندهما لا ينقطع فلا تجب فيها الشفعة وتسترد وينقض ما بناه

المشترى لان حق البائع فى الاسترداد آكد من حق الشفيع وحقه لا يبطل وله نقض البناء فالبائع أولى وله أن حق الاسترداد فى البيع الفاسد حق الشارع والبناء حق المشترى وحقه مقدم لحاجته والمشترى بنى بتسليط البائع فلا يكون له نقضه (أو قسمت) الدار (بين الشركاء) لا تجب أيضا لجارهم بالقسمة بينهم لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا تجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة وهى المبادلة من كل وجه (أو سلمت شفعته) أى سلم الشفيع الشفعة (ثم ردت) الدار الى البائع (بخيار رؤية أو) بخيار (شرط) كيفما كان (أو) ردت بخيار (عيب بقضاء) قاض لا تجب الشفعة أيضا لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل عقدا جديدا فعاد الى قديم ملك البائع ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده (وتجب) الشفعة (لو ردت) الدار بخيار عيب (بلا قضاء) قاض (أو تقايلا) البيع لانه فسخ فى حقهما لولايتهما على أنفسهما فانه بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث وعندهما لا تجب لان شفعته بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة لقصد المتبايعين والله أعلم

* هذا (باب) فى بيان أحكام (ما تبطل به الشفعة) *

(وتبطل) الشفعة (بترك طلب المواثبة او) بترك طلب (التقرير) حين علم مع القدرة بأن لم يسد أحد فمه أو لم يكن فى الصلاة لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة عليه دليل الاعراض (و) تبطل أيضا (بالصلح) أى بصلح المشترى الشفيع (من الشفعة على عوض) لانه أخذ الاعتياض عن حق ليس بمال فسقط حقه (وعليه) أى على الشفيع (رده) أى رد العوض لانه رشوة (و) تبطل أيضا (بموت الشفيع) قبل الاخذ بعد الطلب أو قبله فلا تورث عنه وقال الشافعى لا تبطل لانها حقه والوارث يخلفه فى حقوقه ولنا ان حق الشفعة حق التملك وهو حق قائم بالشفيع فلا يبقى بعد موته (لا) تبطل بموت (المشترى) لوجود المستحق (و) تبطل أيضا (ببيع) الشفيع (ما يشفع به) وهو الدار التى يشفع بها (قبل القضاء) أى قبل حكم الحاكم (بالشفعة) لزوال سبب الاستحقاق ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع داره بشراء المشفوعة اولم يكن عالما لانه لا يختلف فى الحالين فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم ببيعها أولم يعلم وكذا ابراء الغريم لان ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق ولا تبطل ان كان بالخيار لبقاء السبب (ولا شفعة لمن باع) أى للذى باع بالوكالة بأن كان الشفيع وكيلا لبائع الدار المشفوعة لانه موكل باتمام البيع وفى أخذه بالشفعة نقض ما وكل باتمامه وعند الثلاثة تجب له الشفعة (أو بيع له) أى أو لمن بيع له والضمير فى له يرجع الى من يعنى بيع العقار لاجله بأن كان البائع مضاربا فباع الدار ليس لرب المال الشفعة فيها لان البيع له وكذا اذا كان عبدا مأذونا له فى التجارة فباع الدار ليس للمولى الشفعة فيها لما ذكرنا (أو ضمن) الشفيع (الدرك) وهو تبعة الاستحقاق (عن البائع) لا تجب له الشفعة لانه بضمانه له الدرك ضمن له أن تحصل له الدار وذلك لا يكون الا بتركه للشفعة وفى أخذه بها ابطال ذلك وعند الثلاثة تجب (ومن ابتاع) أى اشترى (أو ابتيع له) أى أو اشترى لاجله والضمير فيه يرجع الى من (فله الشفعة) اما اذا اشترى بطريق الوكالة وهو شفيع فله الشفعة لانه ليس فيه ابطال شرائه بل فيه تقرير

من جهته لان الاخذ بالشفعة مثل الاخذ بالشراء وأما اذا اشترى له فكذلك كالمضارب اذا اشترى العقار من مال المضاربة ورب المال شفيعها كان لرب المال الشفعة وكذا العبد المأذون اذا اشترى فللمولى الشفعة اذا كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين فلا فائدة بالاخذ لانه ملكه ولم يتعلق به حق غيره (وان قيل للشفيع انها) أى الدار (بيعت بألف درهم (فسلم) شفعها الاجل الاستكثار (ثم علم انها) اى الدار (بيعت بأقل) من الالف (او علم أن الدار بيعت (ببرّ او شعير قيمته الف) درهم (او اكثر) من الالف (فله الشفعة) لانّ التسليم لم يصادف على الوجه المستحق لانه كان للاستكثار أو لتعذر الجنس فلم يصح وهكذا الحكم فى كل موزون أو مكيل أو عددى متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف أو اكثر لانّ الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير فلا يظهر فيه التيسر (ولو بان) أى ظهر (انها) اى الدار (بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة) لانهما جنس واحد فى الثمنية وقال زفر والثلاثة هو على شفعته لانهما جنسان حقيقة (وان قيل له) اى للشفيع (انّ المشترى فلان (فسلم) شفعته اما اكرامًا له او خوفًا من شرّه (فبان) اى ظهر (أنه غيره فله الشفعة) لما ذكرنا ولو ظهر انّ المشترى هو مع غيره كان له ان يأخذ نصيب غيره لانّ التسليم لم يوجد فى حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة فى الكل (وان باعها) اى وان باع رجل داره (الا ذراعًا) استثناه (فى جانب الشفيع فلا شفعة له) لانّ الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى لعدم الالتزاق وهذه حيلة لاسقاط الشفعة (وان ابتاع) أى وان اشترى (منها) اى من الدار (سهما) بثمن معين (ثم ابتاع) أى اشترى (بقيتها) أى بقية الدار (فالشفعة) تثبت (للجار فى السهم الاول فقط) لانّ الشفيع جار والمشترى شريك فى الباقى فيقدّم عليه ولو أراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن الا درهما والباقى بدرهم فلا يرغب الجار فى أخذ السهم الاول لكثرة الثمن لاسيما اذا كان السهم الاول جزأ قليلا كالعشر مثلا أو أقل (وان ابتاعها) أى وان اشترى الدار (بثمن ثم دفع) الى البائع (ثوبا عنه) أى عن الثمن (فالشفعة) تجب للشفيع (بالثمن لا بالثوب) لانّ الثوب عوض عما فى ذمة المشترى فيكون البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الاول (ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة و) اسقاط (الزكاة) عند أبى يوسف وعند محمد تكره لانهما وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام وبه قال الشافعى ولابى يوسف انه يحتال لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لذلك مشروعة وان كان غيره يتضرّر فى ضمنه وهو رواية عن أبى حنيفة ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب وأمّا بعده فمكروه بالاجماع وقيل لا تكره الحيلة بمنع وجوب الشفعة بالاجماع وانما الخلاف فى فصل الزكاة والمختار عندى أن لا تكره فى الشفعة دون الزكاة (وأخذ حظ البعض يتعدد بتعدد المشترى لا) يتعدد (بتعدد البائع) صورته أنّ المشترى اذا تعدد بأن اشترى جماعة عقارا والبائع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى وان تعدد البائع بأن باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشترى واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق أنّ فى الوجه الثانى بأخذ البعض تتفرّق الصفقة على المشترى فيتضرّر به زيادة الضرر

وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق فى هذا بين ما اذا كان قبل القبض أو بعده على الصحيح (وان اشترى) رجل (نصف دار غير مقسوم) وقاسم المشترى البائع (أخذ الشفيع حظ المشترى) أى نصيبه الذى حصل له (بقسمته) وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت بحكم أو بالتراضى لانها من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع فان قلت فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا نقض قسمته قلت فيها افراز من وجه ولهذا يجرى فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجرى فيها أحكام البيع من رد بعيب أو خيار رؤية فبالنظر الى هذا يملك وبالنظر الى ذلك لا يملك فلا يملك بالشك ثم اذا لم يكن له نقض قسمته كان له أن يأخذ نصيب المشترى فى أى جانب كان وعن أبى حنيفة انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لانه لم يبق جارا فيما يقع فى الجانب الآخر (وللعبد المديون الأخذ بالشفعة من سيده) صورته رجل باع دارا والبائع عبد مأذون له فى التجارة وعليه دين يحيط بماله ورقبته فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة لانه كالاجنبى عنه حالتئذ (كعكسه) أى كعكس الحكم المذكور وهو ما اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد بائع لان بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له على ما مر بخلاف ما اذا اشترى لانه ابتيع له وقد مر أن من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته (وصح تسليم الشفعة من الاب والوصى والوكيل) عندهما وقال محمد لا يجوز والصبى على شفعته اذا بلغ والموكل كذلك اذا بلغه الخبر لانه حق ثابت لهما فلا يملكان ابطاله وبه قال زفر ولهما ان هذه فى معنى المبادلة وهما يملكانها وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصى عند العلم بالشراء وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فى مثله قيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبى وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبى حنيفة لا يصح تسليم الاب والوصى ولا رواية عن أبى يوسف والمراد بالوكيل هنا الوكيل بطلب الشفعة وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بالشفعة انما يصح تسليمه اذا كان فى مجلس القاضى عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يصح فى مجلس القاضى وغيره وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه أصلا ولو أقر هذا الوكيل على موكله بأنه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عندهما اذا كان فى مجلس القاضى وان كان فى غيره فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال أبو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وهى مسئلة اقرار الوكيل بالخصومة وموضعها فى كتاب الوكالة والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (القسمة)

هى فى اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء ومعناها رفع الشيوع وقطع الشركة وفى الشرع (هى) أى القسمة (جمع نصيب شائع فى) نصيب (معين) وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص (وتشتمل) القسمة (على) معنى (الافراز) وهو التمييز (و) على معنى (المبادلة) وعند مالك فيما اتحد جنسا وصفة افراز وفى غيره مبادلة وعند الشافعى وأحمد افراز فى الكل وعن الشافعى بيع فى الكل (وهو) أى التمييز (الظاهر فى المثلى) أى فيما له مثل

كالمكيل والموزون والعددى المتقارب ثم أشار الى ما تفرع عليه بالفاء بقوله (فيأخذ) أى أحد الشريكين (حظه) أى نصيبه (حال غيبة صاحبه) وهو الشريك الآخر (وهى) أى المبادلة هى الظاهرة (فى غيره) أى فى غير المثلى كالثياب والعقار والحيوان واذا كان كذلك (فلا يأخذ) أحد الشريكين نصيبه حال غيبة صاحبه لان كل ما يأخذه أحدهما عوض عما فى يد صاحبه من نصيبه فلا يكون الا بحضورهما كالبيع (ويجبر) الآبى من الشركاء (فى متحد الجنس) كالغنم والثياب الصوف مثلا (عند طلب أحد الشركاء) القسمة (لا) يجبر (فى غيره) أى فى غير متحد الجنس كالغنم مع الابل والبر مع الشعير (وندب) أى استحب (نصب) رجل (قاسم) يكون (رزقه من بيت المال) لان منفعته للعامة كالقضاة والمفتين والمقاتلة فتكون كفايته من بيت المال لانه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء (ليقسم) بين الناس (بلا) أخذ (أجر) منهم لكونه أرفق بالناس وأبعد من التهمة (والا) أى وان لم يتيسر نصب قاسم رزقه من بيت المال (فينصب قاسم يقسم) بين الناس (بأجر) يأخذه منهم (بعدد الرؤس) عند أبى حنيفة وعندهما على قدر الانصباء حتى اذا كانت دار بين ثلاثة نفر لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس وقسمها بينهم بالاجرة تكون أثلاثا على كل واحد ثلث عنده لان الاجرة على قدر المؤنة وقالا على قدر الملك اسداسا ثلاثة أسهم من ستة على صاحب النصف وسهمان من ستة على صاحب الثلث وسهم على صاحب السدس كأجرة حمل حنطة مشتركة بينهم هكذا وبه قال الشافعى وأحمد واصبغ المالكى (ويجب أن يكون) القاسم (عدلا) لانه من جنس عمل القضاة (أمينا) لانه يعتمد على قوله فتشترط الامانة لتطمئن القلوب (عالما بالقسمة) لان القدرة على القسمة تعتمد على العلم بها (ولا يتعين) فى القسمة (قاسم واحد) لانه يتحكم فى الزيادة على أجر مثله ولهذا لا يجبرهم الحاكم ان يستأجروه (ولا يشترك القسام) بضم القاف وتشديد السين جمع قاسم أى يمنعهم القاضى من الاشتراك كيلا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية لانهم اذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الشركة يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك (ولا يقسم العقار بين الورثة باقرارهم حتى يبرهنوا) أى حتى يقيموا البينة (على الموت) أى موت مورثهم (و) على (عدد الورثة) عند أبى حنيفة لان هذا قضاء على المورث باقرارهم وانه لا يجوز وقالا يقسم باعترافهم ويذكر فى كتاب القسمة ذلك يعنى انه قسمها بينهم بقولهم ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولا يتعدى الى شريك لهم آخر وبه قال أحمد والشافعى فى قول (ويقسم فى المنقول) الموروث (والعقار المشترى و) فى (دعوى الملك) بقولهم وان لم يذكروا كيفية الانتقال اليهم من غير اقامة البينة أما فى المنقول فلان فى قسمته نظرا لهم لانه يخشى عليه التلف وفى القسمة حفظه وأما فى العقار فلان من فى يده شئ فالظاهر أنه له وفى رواية لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لجواز أن يكون فى أيديهم والملك للغير والاول أصح وأما فى دعوى الملك فلانه ليس فى القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم فيجوز (ولو برهنا) أى لو أقام رجلان بينة (ان العقار فى أيديهما) وطلبا القسمة (لم يقسم حتى يبرهنا) أى حتى يقيما البينة (انه) أى أن العقار ملك (لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما وهذه المسئلة بعينها هى المسئلة السابقة وهى قوله ودعوى الملك لان المراد فيها هو أن يدعوا الملك

ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدورى وشرط ههنا وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين الروايتين فليس فيه مايدل على ذلك والا فتقع المسئلة مكررة يتحاشى عنه مثل هذا المختصر (ولو برهنا) أى الاثنان أى أقاما بينة (على الموت) أى على موت المورث (وعدد الورثة و) الحال ان (الدار فى أيديهم) أى فى أيدى الورثة (ومعهم) أى مع الورثة (وارث غائب أو صبى) وفى بعض النسخ فى أيديهما ومعهما (قسم) العقار بينهم (و) لكن (نصب وكيل أو وصى يقبض نصيبه) أى نصيب الغائب أو نصيب الصبى فالوكيل للغائب والوصى للصبى ولا بد من اقامة البينة عند أبى حنيفة وعندهما يقسم بقولهم على مامر (ولو كانوا) أى الشركاء فى العقار (مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار فى يد الوارث الغائب) فى المسئلة السابقة (أو حضر وارث واحد) من الورثة وطلب القسمة (لم يقسم) اما فى الاول فلان الملك ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لانه ملك خلافه حتى يرد بالعيب فيما اذا اشتراه المورث ويرد عليه فيما باعه هو ويصير هو مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه وصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفى الشراء قامت على خصم غائب فلا تقبل ولا يقضى عليه وأما الثانى فلانه لو قسم يكون قضاء من غير خصم وانه لا يجوز ولا فرق فى هذه الصورة بين اقامة البينة وعدم اقامتها هو الصحيح وأما فى الثالث فلانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما ومقاسما ومقاسما وعند الثلاثة يقسم فى الفصول كلها وهو رواية عن أبى يوسف أيضا (وقسم) العقار (بطلب أحدهم) أى احد الشركاء (لو انتفع كل واحد منهم (بنصيبه) بعد القسمة لانها حق لازم فيجاب اليها (وان تضرر الكل) أى كل الشركاء بالقسمة كما فى نحو البئر والرحى والحائط والحمام (لم يقسم) حينئذ (الا برضاهم) أى برضا الكل لان القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويته فيعود على موضوعه بالنقض (وان انتفع البعض) أى بعض الشركاء بالقسمة (وتضرر البعض لقلة حظه) أى نصيبه (قسم بطلب ذى الكثير) أى صاحب الحظ الكثير (فقط) يعنى لا يقسم بطلب صاحب الحظ القليل لان صاحب الكثير ينتفع بالقسمة فيعتبر طلبه وصاحب القليل لا منفعة له فلم يعتبر طلبه وقيل الحكم على العكس وماذكره فى المتن هو الصحيح وقال ابن أبى ليلى لا يقسم فى الوجهين وهو رواية عن مالك (وتقسم العروض) اذا كانت (من جنس واحد) لاتحاد المقاصد فيحصل التعديل فى القسمة (ولا يقسم الجنسان) الا بالتراضى لاختلاف المقاصد فلا تكون القسمة تمييزا بل معاوضة ولا بد فيها من التراضى وهذا بالاجماع (و) لا يقسم (الجواهر) أيضا جبرا لفحش التفاوت فيها وقيل لا تقسم الكبار منها وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل اذا اختلف جنسها لا يقسم وان اتحد يقسم كسائر الاجناس (و) لا يقسم (الرقيق) أيضا من غير تراض عن أبى حنيفة وعندهما يجوز لاتحاد الجنس فصار كالابل والخيل والغنم وبه قالت الثلاثة وله ان عدم قسمة الرقيق لمعانيها الباطنة ولا وقوف عليها ولا يمكن التعديل فلا يقسم الا بتراض وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط أو اناث فقط وأما

اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة فى الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع (و) لا يقسم (الحمام والبئر والرحى الا برضاهم) أى الا برضا الشركاء لما فيه من الحاق الضرر بهم (دور مشتركة) بين اثنين أو أكثر (أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل) واحد من الدور ومن الدار والضيعة ومن الدار والحانوت (على حدة) ولا تقسم قسمة واحدة اما الدور المشتركة فالمذكور قول أبى حنيفة فانه اذا كان لرجلين دور أو داران فى مصر واحد وطلبا من القاضى قسمتها فانه يقسم كل دار على حدة ولا يقسمها قسمة واحدة الا بتراضيهما وقالا ان رأى القسمة أصلح يقسم بعضها فى بعض لانها من جنس واحد فصار كبيتين فى دار واحدة وله انها تتفاوت بالمكان والجيران تفاوتا فاحشا ومبناها على التساوى وعلى هذا الخلاف الاراضى المشتركة والدور فى مصرين لا تقسم بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد انها تقسم وأما الدار والضيعة أو الدار والحانوت فلاختلاف الجنس فيتوهم فيه الربا (ويصور القاسم) على قرطاس ونحوه (ما يقسمه ويعدله) أى يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) لان قدر المساحة يعرف بالذرع (ويقوم البناء) لان المالية تعرف بالتقويم (ويفرز) أى يميز (كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل (ويلقب الانصباء بالاول والثانى والثالث) والرابع والخامس وهلم جرا (ويكتب أساميهم) أى أسامى الشركاء ويجعلها بطاقات ويطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها فى طين ثم يخرجها اذا نشفت وهى مثل البندقة ثم يدلكها ثم يجعلها فى وعاء أو فى كمه ثم يخرج (ويقرع) لتطييب القلوب (فمن خرج) من هؤلاء (اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى) الى أن ينتهى فان قلت تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام قلت لا نسلم ذلك فان الاستحقاق كان ثابتا قبله وانما صير اليه لتطييب قلوبهم وهذا ليس بقمار وانما القمار اسم لما يأخذون به شيأ لم يكن لهم قبل ذلك لا مثل هذه فانها مشروعة كما أخبر الله تعالى حكاية عن يونس وزكريا عليهما السلام والقمار غير مشروع (ولا يدخل فى القسمة الدراهم الا برضاهم) صورته أن يقول أحد الشركاء نجعل قيمة البناء بذرع من العرصة وقال بعضهم نجعل قيمة البناء على الدراهم فان القاضى يقسمها على الذرع لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم فى الملك لا فى الدراهم فلا تجوز قسمة ما ليس بمشترك فان فعل ذلك برضاهم جاز وقال مالك اذا كانت دراهم كثيرة أفسدت القسمة وفى بعض مشكلات القدورى قال صورة المسئلة والله أعلم اقتسموا عرصة الدار فوقع فى نصيب أحدهم البناء لم يدخل فى القسمة فانه لا يكلف أن يرد قيمة نصيب الباقين من البناء من الدراهم او وقع فى نصيب أحدهم فضل لا يقال له أن يرد الدراهم على الباقين من دراهم من عنده (فان قسم ولاحدهم) أى لاحد الشركاء (مسيل) ماء (أو طريق) المرور (فى ملك الآخر و) الحال أنه (لم يشترط) ذلك (فى القسمة صرف) المسيل أو الطريق (عنه) أى عن الآخر (ان أمكن) صرفه تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك (والا) أى وان لم يمكن صرفه عنه (فسخت القسمة) بالاجماع لاختلالها وتستأنف لان المقصود تمليك المنفعة ولا يكون ذلك الا بالطريق والمسيل (سفل له علو) يعنى بيت

فوقه بيت مشترك بين الاثنين (وسفل مجرد) يعني بيت فوقه بيت ولكن السفل مشترك بينهما والعلو لآخر (وعلو مجرد) يعني بيت فوق بيت ولكن السفل لشخص والعلو مشترك بينهما (قوم كل) واحد من السفل والعلو من السفل وحده ومن العلو وحده (على حدة) عند محمد (وقسم بالقيمة) لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغيره فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وعليه الفتوى وبه قالت الثلاثة وعند أبي حنيفة يجعل ذراعان من علو لا سفل له بذراع من سفل لا علو له وعند أبي يوسف يجعل ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره فان أبا حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد أجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف حجة بينهم فان أبا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهي أيضا تبقى بعد انهدام العلو بخلاف العلو وأبو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب السفل والعلو أن يفعل ما لا يضر بالآخر حتى كان لصاحب العلو أن يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل أن يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة العلو أكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل أكثر كما في الكوفة والشأم ويختلف أيضا باختلاف الارض والاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة فيهما الا بالقيمة ثم قول محمد لا يحتاج الى تفسير وتفسير قول أبي حنيفة أن يجعل بازاء مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له ثلاث وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل وبازاء مائة ذراع من السفل الذي لا علو له ستة وستون ذراعا وثلثا ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل الذي لا علو له او مائة ذراع من العلو الذي لا سفل له لان السفل والعلو عنده سواء (وتقبل شهادة القاسمين) بفتح الميم (ان اختلفوا) أي الشركاء بعد القسمة بان أنكر بعضهم استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كان من جهة القاضي أو غيره وهذا عندهما وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قالت الثلاثة لانهما يشهدان على فعل أنفسهما فأورثت التهمة ولهما أنه شهادة على فعل غيرهما وهو الاستيفاء لا على فعل أنفسهما وهو التمييز هذا اذا قسما مجانا ولا يجران لهما نفعا قال الطحاوي اذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة اجماعا وقيل الخلاف في الكل وهو الاصح ولهذا أطلق في الكتاب (ولو ادعى أحدهم) أي أحد الشركاء (أن من نصيبه شيأ في يد صاحبه و) الحال أنه (قد أقر) أولا (بالاستيفاء) أي باستيفاء نصيبه (لم يصدق) في دعواه (الا ببينة) لانه يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة وان لم يقم بينة استحلف الشركاء فمن حلف فقد برئ ومن نكل جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما (وان قال) المدعي المذكور (استوفيت) حقي (وأخذت بعضه صدق خصمه بحلفه) يعني القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر (وان لم يقر بالاستيفاء وادعى ان ذا) أشار به الى ما في يد

صاحبه

صاحبه (حظه) أى نصيبه (و) أنه (لم يسلم اليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) كالاختلاف فى المبيع والثمن وعند مالك القول لصاحب اليد (ولو ظهر غبن فاحش) وهو الذى لا يدخل تحت تقويم المقومين (فى القسمة تفسخ) سواء كانت بقضاء القاضى أو التراضى وقيل اذا كانت بالتراضى لا يلتفت الى قول من يدعيه كما فى البيع والاول أصح (ولو استحق بعض شائع من حظه) أى من نصيبه (رجع بقسطه) أى بقسط المستحق (فى حظ شريكه ولا تفسخ القسمة) عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف تفسخ القسمة لعدم تحقق الافراز باستحقاق النصيب الشائع وبه قال الشافعى وأحمد وهو قول محمد فى رواية أبى سليمان وروى أبو حفص أنه مع أبى حنيفة وهو الاصح فالقدورى أثبت الخلاف فيما اذا استحق نصيب معين والصحيح أن الاختلاف فيما اذا استحق بعض شائع وأما اذا استحق نصيب معين من نصيب أحدهما بعد ان اقتسما لم تفسخ القسمة لبقاء مقتضاها وهو التميز والافراز وعدم الضرر ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاجماع توضيحه فيما اذا كان الاستحقاق فى بعض نصيب أحدهما بعينه بأن كان لاحدهما ثلاثة كروم وللآخر ثلاثة مثلها بالقسمة فاستحق كرم معين من أحدهما فان صاحب الثلاثة يعطى للذى استحق عليه نصف كرم من كرومه الثلاثة حتى يكون لهذا كرمان ونصف ولهذا كرمان ونصف (ولو تهايآ) من المهايأة وهى أن يتواضعا على أمر فيتراضيا به وفى الشرع هى عبارة عن قسمة المنافع وهى جائزة استحسانا وان كان القياس يأباها ثم لو تهايآ (فى سكنى دار) على أن يسكن أحدهما فى بعضها والآخر فى البعض أو أحدهما العلو والآخر السفل (أو) فى سكنى (دارين) على أن يسكن كل أحدهما دارا (او) تهايآ فى (خدمة عبد) على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما (أو) فى خدمة (عبدين) على أن يخدم هذا العبد هذا وهذا العبد هذا (أو) تهايآ فى (غلة دار) على أن يأخذ هذا شهرا وهذا شهرا (أو) تهايآ فى غلة (دارين) على أن يأخذ هذا غلة هذه وهذا غلة هذه (صح) التهايؤ فى هذه الوجوه الستة الاول يجوز بالاتفاق لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة وقيل يجوز عنده بالتراضى ولا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه أنه لا يجوز التهايؤ اصلا لا بالجبر ولا بالتراضى لانه يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز والثانى أيضا يجوز بالاتفاق وكذا الثالث يجوز بالاتفاق والرابع يجوز على الاصح وعند أبى حنيفة انه لا يجوز الا بالتراضى لان قسمة الرقيق لا يجرى فيها الجبر عنده فكذا منفعته والاصح أن القاضى يهايئ بينهما جبرا بطلب أحدهما والخامس يجوز بالاتفاق والسادس فيه خلاف والاظهر أنه يجوز بالاتفاق ولو زادت غلة الدار الواحدة فى نوبة أحدهما على الغلة فى نوبة الآخر يشتركان فى الزيادة تحقيقا للتعادل بخلاف الزيادة فى المنافع وبخلاف الزيادة فى غلة احدى الدارين حيث لا يشتركان فيها لانه يحمل على القرض وقال صاحب الهداية ولو زادت الغلة فى نوبة أحدهما عليها فى نوبة الآخر يشتركان فى الزيادة لتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما فى نوبته زيادة لان التعديل مما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز أيضا فى ظاهر الرواية ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق أن فى الدارين معنى التميز

والافراز واج لاتحاد زمان الاستيفاء وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول أى وصول المنفعة فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل (ولو) تهايا (فى غلة عبد او) فى غلة (عبدين او) تهايا فى غلة (بغل او) فى غلة (بغلين او) تهايا (فى ركوب بغل او) فى ركوب (بغلين او) تهايا فى (ثمر شجرة او) تهايا فى (لبن غنم لا) يجوز فى هذه الوجوه الثمانية الاول يجوز بالاتفاق لانه لا يتأتى الا فى زمانين فتتوهم تغيره بخلاف التهايؤ فى خدمته لجريان المسامحة فيها الثانى لا يجوز عند أبى حنيفة لان التهايؤ فى الخدمة جوز للضرورة ولا ضرورة فى الغلة لانه يمكن قسمتها وقالا يجوز لامكان التعادل بينهما الثالث لا يجوز بالاتفاق والرابع لا يجوز عند أبى حنيفة خلافا لهما والخامس والسادس على الخلاف والسابع والثامن لا يجوز بالاتفاق لانها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ بخلاف لبن ابن آدم حيث يجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايا أن ترضع احداهما ولد أحدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان لبن بنى آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع والحيلة فى الثمار ونحوها أن يشترى نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض فى نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (المزارعة)

هى مفاعلة من زارع من الزرع وهو القاء الحب ونحوه فى الارض وفى الشرع (هى) أى المزارعة (عقد على الزرع ببعض الخارج) وتسمى المخابرة والمحاقلة ويسميها أهل العراق القراح (وتصح) المزارعة (بشرط صلاحية الارض للزراعة) لان المقصود لا يحصل بدونه (و) بشرط (أهلية العاقدين) وهما رب الارض والمزارع لان العقد لا يصح الا من الاهل (و) بشرط (بيان المدة) قدر ما يتمكن فيها من الزراعة أو أكثر وأن لا تكون قدر ما لا يعيش اليه مثلهما أو مثل أحدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة ويقع على سنة واحدة وبه أخذ الفقيه أبو الليث (و) بشرط بيان (رب البذر) يعنى من عليه البذر لان المعقود عليه وهو منافع العامل أو منافع الارض لا يعرف الا ببيان من عليه البذر (و) بشرط بيان (جنسه) أى جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة (و) بشرط بيان (حظ الآخر) أى نصيبه لانه لا بد من جهته وله أجرة عمله أو أرضه فلا بد أن يكون معلوما (و) بشرط (التخلية) بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل حتى اذا شرط فى العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح (و) بشرط (الشركة فى الخارج) لانه هو المقصود بها فتنعقد اجارة فى الابتداء وتتم شركة فى الانتهاء ولهذا لو شرط لاحدهما قفزان مسماة تفسد لانه يؤدى الى قطع الشركة فى البعض المسمى او فى الكل اذا لم تخرج الارض أكثر من ذلك وكذا اذا شرط أن يدفع قدر بذره (و) بشرط (أن تكون الارض والبذر لواحد و) أن يكون (العمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد و) يكون (الباقى) وهو البذر والبقر والعمل (لآخر أو يكون العمل لواحد و) يكون (الباقى) وهو البذر والبقر والارض (لآخر) فهذه ثلاث صور من جملة شروط المزارعة على قول من يجيزها ففى الصورة الاولى يكون صاحب البذر والارض مستأجرا العامل وبقره تبع له وفى الثانية يكون صاحب البذر مستأجرا للارض

بأجر معلوم من الخارج فيجوز وفى الثالثة يكون صاحب البذر مستأجرا للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلومة من الخارج فيجوز وهذا كله على قول أبى يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا تجوز المزارعة لانه عليه أفضل الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استئجار ببعض الخارج من عمله فتكون فى معنى قفيز الطحان وبه قال الشافعى ومالك ولهما ما روى أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع وعليه عمل الصحابة والتابعين رضى الله عنهم ومن بعدهم الى يومنا هذا بلا نكير وبه قال أحمد وعليه الفتوى (فان كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر او كان البذر لاحدهما والباقى) وهو العمل والارض والبقر (لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقى) وهو الارض والعمل (لآخر أو شرطا) أى المتعاقدان (لاحدهما قفزانا مسماة) وهو جمع قفيز وهو اسم لمقدار معلوم وهو ثمانية مكاكيك (أو) شرطا لاحدهما (ما على الماذيانات) وهو جمع ماذيان وهو فارسى معرب وهو اصغر من النهر وأعظم من الجدول (والسواقى) جمع ساقية وهو فوق الجدول دون النهر كذا قال فى المغرب فعلى هذا يكون الماذيان والساقية من الالفاظ المترادفة والربيع النهر الصغير وانما تفسد المزارعة ههنا لانه يحتمل أن لا يحصل الريع الا منها فيؤدى الى قطع الشركة وقد حدث الطحاوى فى شرح معانى الآثار باسناده الى رافع بن خديج قال كنا بنى حارثة أكثر أهل المدينة حقلا وكنا نكرى الارض على أن ما سقى الماذيان والربيع فلنا وما سقت الجداول فلهم فربما سلم هذا وهلك هذا ولم يكن عندنا يومئذ ذهب ولا فضة فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهانا (أو) شرطا (أن يرفع رب البذر بذره او) شرطا (أن يرفع الخراج) الموظف بأن كان الموضوع على الارض دراهم مسماة وأما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بأن كان الموضوع عليها نصف الخارج أو ثلثه أو نحو ذلك من الجزء الشائع فان اشتراط رفعه لا تفسد المزارعة لانه لا يؤدى الى قطع الشركة (و) يكون (الباقى بينهما فسدت) المزارعة فى هذه الوجوه السبعة اما الاول فلان صاحب البذر استاجر الارض واشترط البقر على صاحب الارض وهو مفسد لان البقر لا يمكن أن يجعل تبعا للارض وعن أبى يوسف جواز هذا للتعامل فيه وأما الثانى فلان العامل فيه أجير ولا يمكن أن تجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما وعن أبى يوسف أنه يجوز للتعامل وأما الثالث فلما ذكرنا أنه لا يمكن جعل الارض تبعا للعامل وهنا صورة أخرى لم يذكرها الشيخ رحمه الله تعالى وهى أن تكون البقر من واحد والباقى من آخر قالوا هو فاسد وينبغى أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الارض وحدها وأما البقية فلانه يؤدى الى قطع الشركة فى البعض المسمى أو الكل ثم أشار الى الحكم فى المزارعة الفاسدة بالفاء بقوله (فيكون الخارج لرب البذر) لانه نماء ملكه (و) يكون (للآخر أجر مثل عمله) ان كان المشروط عليه العمل (او) يكون أجر مثل (أرضه) ان كان البذر من قبل العامل (ولم يزد) أجر المثل (على ما شرط) له لانه قد رضى بسقوط الزيادة وقال محمد له أجر المثل بالغا ما بلغ وبه قالت الثلاثة وقدم نظيره ثم قيل ان كان البذر لصاحب الارض طاب له الفضل وان لم يكن له لا يطيب له فيتصدق بما زاد على البذر وأجر الارض (وان صحت)

المزارعة (فالخارج) يكون (على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل) لان استحقاقه بالشركة في الخارج ولا شركة في الخارج (ومن ابى) أي امتنع (عن المضي اجبر) لانها انعقدت اجارة وهي عقد لازم (الارب البذر) فانه لا يجبر عند الاباء لانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدري هل يخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجر ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل أجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر ثم اذا امتنع رب البذر والارض من قبله بعد ما كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب في القضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قومه بجزء من الخارج ولا خارج ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعطيه اجر مثل عمله كيلا يكون مغرورا من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيفتى بارضائه بأن يوفيه أجر مثله (وتبطل) المزارعة (بموت أحدهما) أي أحد المتعاقدين لانها اجارة وهذا قياس والاستحسان أنه اذا مات أحدهما وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم تبطل في الباقي فيعمل العامل أو ورثته على حاله فاذا حصد يقسم على ما شرطا ولا ضرورة في الباقي فتبطل ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس في ذلك اتلاف مال على المزارع فاذا كان على رب الارض دين فادح ولم يقدر على قضائه الا ببيع الارض فسخت المزارعة قبل الزراعة وبيعت بالدين لانها تفسخ بالاعذار وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وتقويمها بالخارج ولا خارج ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه به (فان مضت المدة) أي مدة المزارعة (و) الحال ان (الزرع لم يدرك فعلى المزارع) أي يجب عليه (أجر مثل أرضه حتى يدرك) الزرع ويستحصد لان في قلعه ضررا فيبقى بأجر المثل الى أن يستحصد ويجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة ولو أراد المزارع أن يأخذ الزرع بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع فارجع عليه بما أنفقت عليه دفعا للضرر عنه ولو مات المزارع قبل ادراك الزرع فلورثته أن يعملوا مكانه وان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل (ونفقة الزرع) تجب (عليهما) أي على المتعاقدين (بقدر حقوقهما) أي على قدر ملكهما بعد انقضاء المدة (كأجر الحصاد) أي كما يجب عليهما أجر الحصاد وهو قطع الزرع (والرفاع) بكسر الراء وهو حمل الزرع بعد الحصاد الى البيدر وهو الجرن في لغة أهل مصر (والدياس) من الدوس وهو دوس الزرع بالبقر ليخرج الحب (والتذرية) من ذرى يذري في الهواء ليخرج الحب ويتميز من التبن ووجوب هذا مطلق من غير قيد بانقضاء مدة الزراعة (فان شرطاه) أي العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد واخواته (على العامل فسدت) المزارعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فتفسد والله أعلم

هذا * (كتاب) في بيان أحكام (المساقاة) *

وهي مفاعلة من السقي لغة وفي العرف هي معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما (وهي) أي المساقاة (كالمزارعة) حتى لا تجوز عند أبي حنيفة وتجوز عندهما وعند الثلاثة

وبه يفتى وشروطها شروط المزارعة فى جميع ماذكرنا الا فى أربعة أشياء أحدها اذا امتنع أحدهما يجبر عليه لانه لاضرر عليه فى المضى بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر اذا امتنع والثانى اذا انقضت المدة يترك بلا أجرة ويعمل بلا أجر وفى المزارعة بأجر والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع فى بيان المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة تجوز استحسانا لان وقت ادراك الثمرة معلوم وقلما يتفاوت فيه فيدخل فيه ماهو المتيقن به وادراك البزر فى أصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع (وتصح) المساقاة (فى الكرم والشجر والرطاب) وهو جمع رطبة وهى التى يسميها المصريون البرسيم وقرطا وليابسها دريسا (وأصول الباذنجان) وانما خص الرطاب وأصول الباذنجان بالذكر تنبيها على أنهما من أنواع الشجر لان الشجر اسم لماله ساق ولهما ساق وقال الشافعى فى الجديد لا يجوز الا فى النخل والكرم ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة لان جوازها بحديث خيبر وهو مخصوص فلا يتعدى ولنا أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر بشرط مايخرج من ثمر أو زرع رواه البخارى ومسلم وآخرون وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الاشجار دون بعض (فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة) أى على وجه المساقاة (و) الحال أن (الثمرة تزيد بالعمل صحت) المساقاة (وان انتهت) الثمرة (لا) تصح (كالمزارعة) اذا زارع الزرع وهو بقل جاز وان ادرك واستحصد لم يجز (واذا فسدت) المساقاة (فللعامل أجر مثله) لانها فى معنى الاجارة كالمزارعة اذا فسدت (وتبطل) المساقاة (بالموت) أى بموتهما أو بموت أحدهما فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانا كما فى المزارعة وان مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وليس لرب الارض أن يمنعهم من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فاذا أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التى ذكرناها فى المزارعة (وتفسخ) المساقاة (بالعذر كالمزارعة بأن يكون العامل سارقا أو مريضا لا يقدر على العمل) لانها فى معنى الاجارة ولو أراد العامل ترك العمل لا يمكن منه فى الصحيح وقيل يمكن وقيل لا يمكن بالاتفاق والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الذبائح) *

(هى) أى الذبائح (جمع ذبيحة وهى) أى الذبيحة (اسم لما يذبح) مجازا باعتبار ما يؤل لان الذبيحة اسم لما ذبح أو لما أعد للذبح (والذبح) فى الشرع (قطع الاوداج) وهو جمع ودج والودج اثنان فقط والمراد الودجان والحلقوم والمرىء وانما قال الاوداج بطريق التغليب كما ورد فى الحديث أفر الاوداج بما شئت وقوله أفر بالفاء من أفريت اذا قطعت (وحل ذبيحة مسلم وكتابى) اما المسلم فلقوله تعالى الا ماذكيتم بالخطاب للمسلمين واما الكتابى فلقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من أى كافر كان ولا يشترط فيه أن يكون من أهل الكتاب ولا فرق فى الكتابى بين أن يكون ذميا أو حربيا ويشترط أن لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابى المسيح أو عزيرا لا يحل (و) كذا حل ذبيحة

(صبي) يعقل التسمية ويضبط شرائط الذبح من فرى الاوداج والتسمية والالايحـل والمعتوه كالصبي اذا كان ضابطا (و) كذا حل ذبيحة (امرأة وأخرس) لانه عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسي بل أولى لانه ألزم (و) كذا حل ذبيحة (اقلف) وهو الذى لم يختتن سواء تركه لعذر أولا وكان ابن عباس رضى الله تعالى عنهما يكره ذبيحته وقال الكرخي رحمه الله تعالى فى مختصره وكذلك المجنون يذبح فى حال جنونه أو السكران يذبح فى سكره فهى مثـل ذلك يعنى ان كان يعقل المجنون أو السكران التسمية والذبيحة جاز والافلا وفى التفريع للمالكية ولا يجوز ذبيحة السكران ولا المجنون (لا) يحل ذبيحة (مجوسى) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم (و) لا ذبيحة (وثنى) لانه مشرك كالمجوسى وهو الذى يعبد الوثن وهو الصنم (و) لا ذبيحة (مرتد) لانه لاملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه ولهـذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودى اذا تنصر أو بالعكس أو تنصر المجوسى أو تهود لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح فحسب لا ما قبله حتى لو تمجس اليهودى لا تحـل ذكاته والمتولد بين المشرك والكتابى كالكتابى لانه أخف (و) لا ذبيحة (محرم) فى حق الصيد لان فعله فيه غير مشروع وكذا الحلال فى صيد الحرم (و) لا ذبيحة (تارك التسمية) حال كونه (عمدا) أى عامدا لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق وقال الشافعى يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ولنا ما تلونا وعلى حرمة متروك التسمية عمدا انعقد الاجماع فيمن كان قبل الشافعى وهذا القول منه عد خرقا للاجماع وانما كان الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا فذهب ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه يحرم ومذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه يحل ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع وما رواه مخالف للدليل القطعى والاجماع فكان مردودا أو نقول انه محمول على حالة النسيان (وحل) الذكى (لو) ترك التسمية حال كونه (ناسيا) وقال مالك لا يحل لما بينا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان ومشهور مذهبه كمذهبنا (وكره أن يذكر مع اسم الله غيره) أى غير اسم الله موصولا من غير عطف مثل أن يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لانه غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل ذكره فى النوازل وقيل هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه أن لا يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف والوصل نحو أن يقول بسم الله واسم فلان أو بسم الله وفلان أو بسم الله ومحمد رسول الله بالخفض فتحرم الذبيحة ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلفوا فى النصب ويكره فيهما بالاتفاق (و) كره أيضا (أن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) أو قال تقبل منى للمشاركة (ولو قال) هـذا القول (قبـل التسمية والاضجاع) أى اضجاع المذبوح (جاز) ولا يكره لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا تحل فى الاصح لانه يريد الحمد على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة وما

تداولته

تداولته الالسن عند الذبح وهو قولهم بسم الله والله أكبر منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم
وعن علي وابن عباس رضي الله عنهم مثله وذكر الحلواني المستحب أن يقول بسم الله الله أكبر
بلا واو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية قلت ان كان المنقول بالواو فلا يكره (والذبح)
المستحق أن يكون (بين الحلق واللبة) بفتح اللام والباء المشددة وهو رأس الصدر وفي الجامع
ولا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه ماروي انه عليه الصلاة والسلام
بعث مناديا ينادي في فجاج منى ألا ان الذكاة في الحلق الحديث رواه الدارقطني ولانه مجمع
مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه وهو انهار
الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد انه لو ذبح أعلى من الحلقوم أو اسفل منه يحرم لانه ذبح في غير
المذبح ذكره في الواقعات وفي فتاوى سمرقند قصاب ذبح شاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم
أو أسفل منه يحرم أكلها وفي فوائد الرستغفني انه سئل عن ذبح شاة بقيت عقدة الحلقوم مما يلي
الصدر اتوكل أم لا قال هذا قول العوام بين الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت
العقدة مما يلي الرأس او مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع أكثر الاوداج وفي الغاية وهذا صحيح
لانه لا اعتبار بكون العقدة من فوق أو من تحت الا ترى الى قول محمد بن الحسن في الجامع الصغير
لا بأس بالذبح في الحلق كله اسفل الحلق أو وسطه أو اعلاه فاذا ذبح في الاعلى لا بد ان تبقى
العقدة من تحت ولم يلتفت الى العقدة لا في كلام الله ولا في كلام رسوله بل الذكاة بين اللبة
واللحيين بالحديث (والمذبح) أي موضع الذبح الذي يستحق قطعه أربعة أشياء وهي (المريء
والحلقوم والودجان) لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق والمريء
مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس وفسر صاحب الهداية الحلقوم بمجرى العلف
والمريء بمجرى النفس وهكذا فسر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال المريء
عرق أحمر مجرى النفس وقال صاحب الكشاف في تفسير سورة الاعراف الحلقوم مدخل
الطعام والشراب وفسر القدوري بخلاف ذلك في شرح مختصر الكرخي فقال الحلقوم مجرى
النفس والمريء مجرى الطعام والودجان مجرى الدم وهو الاصح يؤيده قوله تعالى فلولا اذا بلغت
الحلقوم وقال في ديوان الادب المريء الذي يدخل فيه الطعام والشراب وقال في المغرب المريء
مجرى الطعام والشراب وقال في الجمهرة مريء الانسان وغيره مجرى الطعام الى جوفه وقال
صاحب المطالع المريء مجرى الطعام مهموز وغير القراء لا يهمزه (وقطع الثلاث) من هذه
الاربعة أي ثلاث كانت (كاف) في الجواز عند أبي حنيفة لقيام الاكثر مقام الكل وهو قول
أبي يوسف أولا وعن أبي يوسف انه يشترط قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين لان الحلقوم
أصل وكذا المريء أصل والودجان جنس واحد وعند محمد لا بد من قطع الاكثر من كل فرد
بالحديث والاكثر يقوم مقام الكل وبه قال مالك وعند الشافعي الشرط قطع الحلقوم والمريء
ولا يشترط قطع الودجين وبه قال أحمد (ولو) كان الذبح (بظفر وقرن وعظم وسن) وهو
واصل بما قبله يعني يجوز الذبح ولو كان بهذه الاشياء وقال الشافعي لا يجوز والمذبوح بهذه
الاشياء ميتة لا يحل أكلها لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا
الظفر والسن فانها مدى الحبشة وبه قال أحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أنهر الدم أي

أسله ويروى أفرى الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك اظهارا للجلد وقوله (منزوع) صفة السن قيد به لانه اذا لم يكن منزوعا لا يجوز كما يأتى الآن وكذلك الشرط فى الظفر أن يكون منزوعا وانما لم يقيد اكتفاء بقوله الاسنا أو ظفرا قائمين (وليطة) بالجر عطفا على قوله بظفر أى يجوز الذبح أيضا بليطة بكسر اللام وسكون الياء آخر الحروف وهى قشر القصب اللازقة به والجمع ليط (ومروة) أى ويجوز الذبح أيضا بمروة وهى قطعة من الصخر محددة (وما أنهر الدم) عطف على ما قبله من المجرورات أى يجوز الذبح أيضا بكل شئ أنهر أى أسال الدم لقوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت (الا سنا وظفرا قائمين) أى متصلين بموضعهما فانه لا يجوز الذبح بهما لقوله عليه السلام فى حديث رافع بن خديج اما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة رواه البخارى ومسلم وتأويله اذا كان قائما يدل عليه قوله عليه السلام اما الظفر فمدى الحبشة لانهم كانوا يذبحون بالقائم منه (وندب) أى استحب (حد الشفرة) وهى السكين العريض لقوله عليه السلام فى حديث أخرجه مسلم وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته (وكره النخع) بفتح النون وسكون الخاء المعجمة وهو أن يصل الى النخاع وهو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة لورود النهى عن ذلك وقيل تفسيره أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب (و) كره أيضا (قطع الرأس) لان فيه زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة (و) كره (الذبح) أيضا (من القفا) لان فيه زيادة ألم ويحل اذا بقيت حية حتى يقطع العروق لتحقق الموت بما هو ذكاة وان ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة وعند مالك وأحمد لا يحل مطلقا وكذا يكره ان تسلخ قبل أن تبرد وان تجر الى المذبح وكل ذلك مكروه وتؤكل (وذبح صيد استأنس) كالظبى اذا تألف فى البيت فانه يذبح لان ذكاة الاضطرار لا يصار اليها الا عند العجز عن ذكاة الاختيار (وجرح نعم) مثل الغنم والابل والبقر (توحش) بأن ند عن أهله ودخل فى البادية وصار وحشيا لان ذكاة الاختيار تعذرت فيذكى بالجرح فى بدنه حيث اتفق كالصيد (أو تردى) حيوان (فى بئر) وحصل العجز عن الوصول اليه ليذبح فانه يجرح ويؤكل اذا علم موته من الجرح والا وان اشكل ذلك أكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف موتها صار ذكاتها الجرح ثم ان الشيخ أطلق الجواب فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى وعن محمد ان الشاة اذا ندت فى المصر لا تحل بالعقر وان ندت فى الصحراء تحل بالعقر وفى الابل والبقر يتحقق العجز فى المصر والصحراء فيحل بالعقر والصيال كالندود اذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكاته وسمى حل أكله وقال مالك لا يحل النعم الاهلى بذكاة الاضطرار لان العجز فيه عن ذكاة الاختيار نادر والنادر لا حكم له ولنا ما روى عن رافع بن خديج رضى الله عنه قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فند بعير من ابل القوم ولم يكن معهم خيل فرماه رجل منهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخارى ومسلم (وسن نحر الابل) وهو قطع العروق فى أسفل العنق (وذبح البقر والغنم) وهو قطع العروق فى أعلى العنق تحت اللحيين موافقة للسنة المتواترة قال الله تعالى ان الله يأمركم ان

تذبحوا بقرة وقال وفديناه بذبح عظيم وقال فصل لربك وانحر جاء في التفسير أي انحر الجزور (وكره
عكسه) أي عكس الحكم المذكور وهو ذبح الابل ونحر البقر والغنم لترك السنة المتواترة (و) لكن
(حل) لحصول المقصود وهو تسييل الدم وقال مالك لا يحل عند عدم الضرورة والحجة عليه ما
بيناه (ولم يتذك جنين بذكاة أمه) يعني لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها
عند أبي حنيفة وقالا ان تم خلقه أكل لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه وبه قالت
الثلاثة وله أن ذكاة أمه منصوب بنزع الخافض وهو للتشبيه ولان ذبح الام ليس بسبب لخروج
الدم من الجنين بدليل أنه يتصور بقاؤه بعد موت الام وبه قال زفر والحسن بن زياد
هذا (فصل فيما) أي في بيان ما (يحل) أكله (وما لا يحل) أكله (لا يؤكل ذو) أي صاحب
(ناب و) لا ذو (مخلب) وقوله (من سبع) بيان لقوله ذو ناب وقوله (أو طير) بيان لقوله ومخلب
لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه السلام نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع
وكل ذي مخلب من الطيور رواه مسلم وآخرون والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح
قاتل عادة والمراد بذي مخلب ماله مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد
ويعلم بذلك أن المراد بذي مخلب هو سباع الطير لا كل ماله مخلب وهو الظفر كما أريد في ذي
ناب من سباع البهائم لا كل ماله ناب ويدخل في الحديث الضبع والثعلب لان لهما نابا
وما روى انه عليه السلام أباح أكلهما محمول على الابتداء ويدخل فيه الفيل أيضا لانه ذو ناب
واليربوع وابن عرس من سباع البهائم وقيل الخفاش أيضا لانه ذو ناب (وحل غراب الزرع)
لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث وكذلك الزرزور والسودانية (لا)
يحل الغراب (الابقع الذي يأكل الجيف) لانه ملحق بالخبائث وبقي نوع آخر من
الغراب وهو الذي يخلط بينهما وهو العقعق يؤكل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف انه يكره
لان غالب مأكوله الجيف والاول أصح (و) لا يحل أيضا (الضبع) لما بينا وعند الثلاثة يؤكل
وكذا الثعلب يؤكل عندهم (و) لا يحل أيضا (الضب) لانه من الخبائث وعند الثلاثة يؤكل
قلنا أكله كان قبل التحريم لانه لم يكن في الابتداء حراما الا ثلاثة أشياء على ما قال الله تعالى قل
لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ثم
حرم بعد ذلك أشياء لا تحصى (و) لا يحل أيضا (الزنبور والسلحفاة) البرية والبحرية (والحشرات)
لانها خبائث وهي صغار دواب الارض واحدتها حشرة (و) لا يحل أيضا (الحمر الاهلية)
لما روى عن ثعلبة الخشني انه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية رواه
البخاري ومسلم (و) كذا (البغل) لانه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرسا كان
على الخلاف المعروف في لحم الخيل وان كانت أمه بقرة يؤكل بلا خلاف لان المعتبر في الحل
والحرمة الام فيما تولد من مأكول وغير مأكول وفي فتاوى الولوالجي وأما البغال ان كان
الفرس نزا على الحمار يكره لان لماء الاتان عبرة بالاجماع وأما الحمار اذا نزا على الرمكة فكذلك
قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وأما على قولهما فلا بأس به لانه ليس لماء الفحل عبرة فبقي ماء
الام وعندهما لا بأس بأكل الام وينكران انه يسمى بغلا والظاهر أن الاول قول الكل الى هنا
لفظه (و) كذا لا يحل (الخيل) عند أبي حنيفة وهو قول ابن عباس وبه قال مالك وعندهما يحل

لما روى جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أكلنا لحم الفرس على عهد رسول الله عليه السلام
وبه قال الشافعي وأحمد وله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرجت
الآية مخرج الامتنان فلو كان حل الاكل ثابتا لما من علينا بذلك ولما روى خالد بن الوليد رضي
الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل رواه أحمد وفي رواية أبي داود انه سمع
النبي عليه السلام يقول لا تحل لحوم الخيل وما رواه خبر واحد ورد على مخالفة الكتاب فان
قلت ذكر الواقدي أن خالدا رضي الله عنه أسلم بعد خيبر وفي اسناده صالح بن يحيى مجهول ولئن
سلم حمل على اشفاق خالد على الخيل لاجل الجهاد قلت في الواقدي كلام كثير واسلام خالد وان
كان يوم الفتح لا ينفي ان يكون سمع النبي عليه السلام يقول ذلك أو رواه بعض الصحابة وصالح
ابن يحيى يعرف بجده لقيامه مقام أبيه والحديث احتج به الكرخي وحملهم ذلك من خالد
رضي الله عنه على الاشفاق لا يصح لانه حينئذ يصير موقوفا عليه وهو مرفوع ولو كان كذلك
لم يضر لان الموقوف في مثل هذا كالمرفوع ثم اختلفوا على قوله انه كراهة تنزيه أو تحريم
والاصح التحريم وفي الفتاوى الصغرى قال قاضي اسبيجاب انه كراهة تنزيه لانه ذكر في كتاب
الصلاة وسوى بين بوله وبول ما يؤكل لحمه وأما لبنه فقد قال صاحب الهداية فقد قيل انه لا بأس
به وسماه صاحب الهداية في كتاب الحدود مباحا وقال السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج
ولبن الرماك وقال فخر الدين قاضيخان فأما الالبان فلبن المأكول حلال ولبن الرماك كذلك
في قول أبي يوسف ومحمد ويكره في قول أبي حنيفة واختلفوا في كراهيته فقال بعضهم مكروه
كراهة التنزيه لا كراهة التحريم وذكر شمس الائمة السرخسي في أثناء الكلام انه مباح كالبنج
وعامة المشايخ قالوا انه مكروه كراهة التحريم الا انه لا يحد وان زال عقله كما لو تناول البنج
وارتفع الى رأسه حتى زال عقله يحرم ذلك ولا يحد كذا في الغاية (وحل الارنب) لانه عليه
السلام أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدي اليه مشويا رواه أحمد والنسائي والوبر قال أبو
يوسف لا أحفظ فيه عن أبي حنيفة شيأ وهو عندي مثل الارنب وهو يعتلف البقول والنبت
قاله الكرخي في مختصره وفي الجمهرة الوبر دويبة أصغر من السنور طحلاء اللون لا ذنب لها
تدجن في البيوت ويجمع على وبار (وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده) حتى اذا وقع في الماء
القليل لا يفسده لانه كالدباغ في ازالة الرطوبة النجسة وكذا يطهر شحمه وهل يجوز الانتفاع
به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه شحم الميتة
والزيت غالب له فانه ينتفع به في غير الاكل وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد
يطهر وهو الصحيح وعند الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك (الا الآدمي) لكرامته
(والخنزير) لنجاسة عينه وقد مر مستوفى في كتاب الصلاة (ولا يؤكل حيوان مائي) وهو
الذي يكون مثواه وعيشه في الماء (الا السمك) حال كونه (غير طاف) وهو الذي مات حتف
أنفه واعلم أنه لا يؤكل من مائي المولد عندنا الا السمك بأنواعه وقال الشافعي جميع أنواع
حيوان البحر حلال لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في
البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وبه قال مالك وأحمد في رواية وعن أحمد والشافعي
في قول الا الضفدع وعن أحمد كقولنا وعنهم لا يحل في البحر ما لا يحل مثله في البر وعن بعض

الشافعية

الشافعية كقولنا القوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وماسوى السمك خبيث لاستخباث الطبيعة السليمة اياها الا السمك والمراد من الصيد فى الآية الاصطياد وانه مباح لما يؤكل ومالا يؤكل والمراد بالحل ميته السمك وهو متناول لجميع أنواعه مثل المارماهى وهو الذى فى صورة الحية والجريت وهى السمكة السوداء والطافى منه مكروه عندنا وقالت الثلاثة لا يكره ولنا قوله عليه السلام ما نضب عنه الماء فكلوه وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثله واذا مات السمك بآفة يحل واذا مات من الحر أو البرد أو فى كدر الماء ففيه روايتان ففى العيون لا يؤكل وفى فتاوى الولوالجى اذا ماتت السمكة فى الشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكلت شيأ ألقاه فى الماء لتأكله فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها لانها ماتت بآفة وكذلك لو ربطها فى الماء فماتت لانها ماتت بآفة وفى الفتاوى الصغرى اذا وجد السمك ميتا على الماء وبطنه من فوق لم يؤكل لانه طاف فان كان ظهره من فوق أكل لانه ليس بطاف (وحل السمك بلا ذكاة كالجراد) أى كما يحل الجراد بلا ذكاة وعند مالك لا بد فى موت الجراد من سبب وبه قال أحمد فى رواية وعن مالك يعتبر قطف رأسه (ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم) من غير تحرك (حل) أكلها لان الحركة وخروج الدم لا يكون الا من الحى لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما أو وجود أحدهما علامة الحياة فيحل وعدمهما علامة الموت فلا يحل الا اذا علم حياتها عند الذبح فتحل لان الاصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم تتحرك لا تحل لان الدم لا يتجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت (والا) أى وان لم تتحرك أو لم يخرج الدم (لا) يحل أكلها (ان لم يدر) أى ان لم يعلم (حياته) وقت الذبح (وان علم) حياته عند الذبح (حل) أكلها على كل حال كما ذكرنا كذا ذكر فى المحيط وقاضيخان ولو ذبح شاة مريضة ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان ضمت عينها تؤكل وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها أكلت وان نام شعرها لا تؤكل وان قام شعرها أكلت والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الاضحية) *

وهى على وزن أفعلة كأروية وهى الانثى من الوعول ويجمع على اضاحى بالتشديد على أفاعيل كالاراوى فى جمع الاروية ويقال ضحية كهدية وتجمع على ضحايا كهدية على هدايا ويقال اضحاة كارطاة ويجمع على أضحى كارطى فى جمع ارطاة وفى الشرع اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة فى يوم مخصوص (تجب) الاضحية وعن أبى يوسف انها سنة وهو قول الشافعى وأحمد وذكر الطحاوى انها واجبة عند أبى حنيفة سنة عندهما وجه السنة قوله عليه السلام اذا رأيتم هلال ذى الحجة وأراد أحدكم ان يضحى فليمسك عن شعره وأظفاره رواه مسلم وآخرون والتعليق بالارادة ينافى الوجوب ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا رواه أحمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يلحق بغير الوجوب وانما تجب (على حر) فلا تجب على العبد (مسلم) فلا تجب على كافر (مقيم) فلا تجب على مسافر لقول على رضى الله عنه ليس على مسافر جمعة ولا أضحية وعن مالك لا يشترط الاقامة ويستوى فيه المقيم بالمصر والقرى والبوادى (موسر) لان العبادة لا تجب الا على القادر وهو

الغنى دون الفقير ويقداره ما يجب فيه صدقة الفطر وقوله (عن نفسه) يتعلق بقوله تجب لانه أصل فى الوجوب عليه (لا) يجب عليه أن يضحى (عن طفله) أى أولاده الصغار فى ظاهر الرواية كما لا تجب عليه عن عبده وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة يجب عليه أن يضحى عنه كصدقة الفطر وتجب الاضحية فى مال الصغير اذا كان له مال ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع له بالباقى ما ينتفع بعينه وقيل يضحى عنه الاب او الوصى من ماله عندهما وعند محمد من مال نفسه لا من مال الصغير وبه قال زفر والشافعى وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا والاصح ما ذكرناه أولا وقوله (شاة) بالرفع بدل من الضمير الذى فى قوله تجب ليكون بيانا للمقدار الواجب ويجوز أن يكون ارتفاعه بقوله تجب وهو الاظهر والتقدير ذبح شاة لان الواجب هو اراقة الدم (أو سبع بدنة) عطف على قوله شاة والقياس أن لا تجوز البدنة كلها الا عن واحد لان الاراقة قربة واحدة وهى لا تتجزأ الا أنه ترك بما روى عن جابر رضى الله تعالى عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص فى الشاة فبقى على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو أربعة أو ثلاثة ذكره محمد فى الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونه أولى ولا يجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لان بعضه اذا خرج من أن يكون قربة يخرج كله من أن يكون قربة وقال مالك بجواز الواحدة عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على أهل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت يؤيده ما روى على كل مسلم فى كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفان يجوز فى الاصح لان نصف السبع يكون تبعا لثلاثة الاسباع واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموه جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شىء من الاكارع والجلد كالبيع والوجوب فى (فجر يوم النحر) ولما حذفت كلمة فى انتصب على الظرفية (الى آخر أيامه) أى أيام النحر وهى ثلاثة أيام لما روى عن عمر وعلى وابن عباس وأنس وأبى هريرة رضى الله عنهم انهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وطريق هذا السماع وكان كالمروى عنه عليه السلام وقال الشافعى ثلاثة أيام بعد يوم النحر فهى أربعة أيام عنده (ولا يذبح مصرى قبل الصلاة) أى صلاة العيد لقوله عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته وهذا الشرط مخصوص بمن تجب عليه صلاة العيد (وذبح غيره) أى غير المصرى كأهل القرى قبل الصلاة وعند مالك وأحمد أهل المصر لا يذبحون قبل ذبح الامام أيضا وعند الشافعى صح قبل الصلاة لو مضى من الوقت قدر ما يصلى ركعتين مع خطبتين (ويضحى بالجماء) وهى التى لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن بل أولى لما قلنا (والخصى) لما صح أنه عليه السلام ضحى بكبشين أملحين موجوأين الاملح الذى فيه ملحة وهو البياض الذى يشقه شعيرات سود وهى من لون الملح والموجوء الخصى من الوجا وهو ان تضرب عروق الخصية بشىء هكذا قاله الشارح قلت الخصى منزوع الخصيتين والموجوء الذى يلوى عروق الخصية فيصير كالخصى وعن أبى حنيفة ان الخصى أولى لان لحمه أطيب (والثولاء) وهى المجنونة ان

كانت سمينة ولم يمنعها من السوم والرعي وان كان يمنعها منه لا يجوز وكذا الجرباء اذا كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز (لا) يضحى (بالعمياء) وهي الذاهبة العينين (والعوراء) وهي الذاهبة احدى العينين (والعجفاء) أي المهزولة (والعرجاء) التي لا تمشي الى المنسك أي المذبح لما روى عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه عليه السلام قال لا يجوز في الاضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء البين عجفها والعرجاء البين ضلعها والكبيرة التي لا تنقى رواه أبو داود والترمذي وصححه (و) لا يضحى أيضا بما هو (مقطوع أكثر الاذن أو الذنب أو العين أو الالية) لقول علي رضي الله عنه أمرنا النبي عليه السلام أن نستشرف العين والاذن وأن لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء رواه أبو داود والترمذي وصححه المقابلة قطع من مقدم اذنها والمدابرة قطع من مؤخرها والشرقاء ان يكون الخرق في اذنها طولا والخرقاء أن يكون عرضا وقيد بقوله أكثر الاذن لانه اذا بقي أكثرها جاز وكذا أكثر الذنب لان للاكثر حكم الكل وعن أبي حنيفة أن الثلث اذا ذهب وبقي الثلثان يجوز وان ذهب أكثر من الثلث لا يجوز ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكل ويروى أن ذهاب الثلث مانع وقالا اذا بقي أكثر من النصف أجزأه وهو اختيار أبي الليث وفي كون النصف مانعا روايتان عنه ثم قوله مقطوع الاكثر ظاهر في الاذن والذنب والالية غير ظاهر في العين لانه لا يقال مقطوع أكثر العين بل يقال ذاهب أكثر العين وانما ذكره هكذا للاختصار والمراد منه ذهاب الاكثر من العين أو أطلق القطع على الذهاب مجازا ثم معرفة مقدار الذاهب والباقي متيسر في غير العين وفي العين قالوا تشد عينها المعيبة بعد ان جاعت ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته في موضع علم على ذلك الموضع ثم تشد عينها الصحيحة ويقرب العلف اليها شيأ فشيأ حتى اذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر ما بينهما من من التفاوت فان كان نصفا أو ثلثا أو غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر ولا يجوز الهتماء وهي التي لا أسنان لها ولا السكاء وهي التي لا أذن لها خلقة وان كان صغيرا يجوز ولا الجلالة وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها ولا الجذاء وهي المقطوعة ضرعها ولا المصرمة وهي التي لا تستطيع أن ترضع فصيلها ولا الجداء وهي التي يبس ضرعها (والاضحية) تكون (من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها ويجوز بالجاموس لانه نوع من البقر وبالبغل الذي أمه بقرة وبالظبي الذي أمه شاة لان الاعتبار للام كما ذكرنا (وجاز الثني من الكل) لقوله عليه السلام لا تذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه البخاري ومسلم وآخرون والثني من المعز والضأن ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين (و) جاز (الجذع من الضأن) لا غير وهو ما تمت له ستة أشهر عند الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة أشهر وعن الزهري من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية أشهر (وان مات احد السبعة) الذين تشاركوا في البدنة (وقالت الورثة) أي ورثة الذي مات منهم (اذبحوها) أي البدنة (عنه) أي عن الميت (وعنكم صح) ذبحها عن الجميع لوجود قصد القربة من الكل والتضحية عن الغير عرفت قربة لانه عليه السلام ضحى عن أمته واختلاف الجهات لا يضر كالقران والمتعة والاضحية لاتحاد المقصود وهي القربة

ولو ذبحوها بغير اذن الورثة لا يجزيهم لان بعضها لم يقع قربة (وان كان شريك الستة نصرانيا أو مريدا اللحم لم يجز عن واحد منهم) لعدم القربة من النصراني لانه ليس من أهلها وكذا مريد اللحم فاذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من أن يكون قربة لان الاراقة لا تتجزأ (ويأكل المضحي (من لحم الاضحية ويؤكل غنيا ويدخر) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال كلوا وتزودوا وادخروا رواه مسلم (والنسائي) واذا جاز أن يأكل منه وهو غني فأولى أن يجوز له اطعام غيره وان كان غنيا (وندب) أي استحب (أن لا ينقص الصدقة من الثلث) لان الجهات ثلاث الاطعام والاكل والادخار لما رويناه وهذا في الاضحية الواجبة والسنة سواء وان كانت واجبة بالنذر فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئا ولا أن يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا (ويتصدق) المضحي (بجلدها) أي بجلد الاضحية (لانه جزء منها أو يعمل منه) أي من الجلد (نحو غربال وجراب) وقربة وسفرة ودلو أو يشتري به شيأ من هذه الاشياء لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى أنه لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك ولو باعهما بالدراهم ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق باللحم والجلد (وندب) أي استحب (أن يذبح) الاضحية (بيده ان علم ذلك) أي الذبح وان أمر به غيره فلا يضر وان كان لا يعلم ذلك فالافضل ان يستعين بغيره كي لا يجعلها ميتة ولكن ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله تعالى عنها قومي فاشهدي أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب (وكره ذبح الكتابي) لانه قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة بخلاف المجوسي (ولو غلطا) أي الاثنان من أصحاب الاضاحي اذا غلطا (وذبح كل) واحد منهما (أضحية صاحبه صح) ذبحهما عن الاضحية (ولا يضمنان) استحسانا والقياس أن لا يجوز ويضمن كل منهما لصاحبه وهو قول زفر لانه متعد بالذبح بغير أمره فيضمن وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بمن يكون أهلا للذبح فصار مأذونا له دلالة ثم اذا جاز يأخذ كل واحد منهما أضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد أكل ما ذبحه يحلل كل واحد صاحبه فيجزئه لانه لو أطعمه الكل في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلله في الانتهاء وان تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته لانه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعده ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه فان ضمنه المالك قيمتها يجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر أن الاراقة حصلت على ملكه وان أخذها مذبوحة اجزأت المالك عن الاضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بينا والله أعلم

*هذا (كتاب) في بيان احكام (الكراهية)

هي ضد الارادة والرضا في اللغة وانما لقبه بكتاب الكراهية وان كان فيه غير مكروه لان بيان

المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه ولقبه القدوري بالحظر والاباحة وهو أحسن لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما أباحه الشرع وما منعه ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشارع وقبحه وبعضهم بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله أطلقه الشرع والزهد والورع تركها (المكروه) ما يكون تركه أولى من تحصيله وقيل ما يكون الاولى أن لا يفعل وهو (الى الحرام أقرب) عندهما لتعارض الادلة فيه وتغليب جانب الحرمة فيه (ونص محمد ان كل مكروه حرام) لانه لما لم يجد فيه نصا لم يطلق عليه الحرمة الا انه اذا وجد نصا يثبت القول في المنصوص بالتحريم أو التحليل وفي غير المنصوص يقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة أكره أو لم يؤكل والحرام هو الممنوع شرعا والحلال هو المطلق بالاذن شرعا

*هذا (فصل) في بيان أحوال (الاكل والشرب) ما يحرم منهما وما يباح وما يكره (كره لبن الاتان) لانه متولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره كلحمه عند ابي حنيفة ذكره قاضيخان وقد مر بيانه وكذا أكل لحم الابل والبقر الجلالة وشرب لبنهما وفي المنتقى انما تكون جلالة اذا تغيرت ونتنت فوجدت منها رائحة منتنة فان حبست في مكان طاهر وعلفت حلت وكان أبو حنيفة لا يؤقت بحبسها ويقول تحبس حتى تطيب ويذهب نتنها كذا في التتمة وقيل يقدر في الابل بأربعين يوما وفي البقر بعشرين وفي الشاة بعشرة وفي الدجاجة بثلاثة أيام ولو رضع جدي لبن الخنزير فهو كالجلالة وفي فتاوى الولوالجي لو ان جديا غذي بلبن الخنزير فلا بأس بأكله لانه لم يتغير لحمه وما غذي به صار مستهلكا لم يبق أثره وعلى هذا القول لا بأس بأكل الدجاجة التي تخلط بالعذرة غيرها لانه لا يغير لحمه والذي يروى أنه تحبس الدجاجة ثلاثة أيام فذلك على سبيل التنزيه (و) كره (الاكل والشرب والادهان والتطيب من اناء ذهب وفضة للرجل والمرأة) لما روي عن حذيفة رضي الله عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة رواه البخاري ومسلم فاذا ثبت ذلك في الاكل والشرب فكذا في التطيب وغيره لانه مثله في الاستعمال ويستوي فيه الرجال والنساء لاطلاق الحديث وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما والمرآة والمجمرة وما أشبه ذلك وفي الذخيرة الادهان المحرم أن يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس منها أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره (لا) يكره الاكل والشرب والادهان والتطيب (من رصاص وزجاج وبلور وعقيق) وقال الشافعي يكره جميع ذلك لوقوع التفاخر بها قلنا لا نسلم ولئن سلمنا فهي ليست في معنى الذهب والفضة فلم تلحق بهما ويجوز استعمال الاواني من الصفر لما ثبت في البخاري وغيره أنه عليه الصلاة والسلام توضأ من تور من صفر (وحل الشرب من اناء مفضض) أي مزوق بالفضة (والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض و) لكن يشترط أن (يتقي) أي يجتنب موضع الفضة بالفم وقيل بالفم واليد في الاخذ وفي الشرب وفي السرج والكرسي موضع الجلوس وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة وكذا الكرسي المضبب بهما وكذا لو جعل ذلك في نصل السيف والسكين أو في قبضتهما ولم يضع يده في موضعهما وكذا اذا جعل في حلق المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا المفضض من اللجام والركاب

والثفر وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة بذهب أو فضة وهذا كله عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يكره ذلك كله ومحمد مضطرب وهذا الاختلاف فيما يخلص وأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة ببقائه لونا واحتج أبو حنيفة بما روى عن أنس رضى الله عنه ان قدح النبى صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخارى (ويقبل قول الكافر فى الحل والحرمة) قال الشارح هذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر فى الديانات وانما يقبل قوله فى المعاملات خاصة للضرورة قلت هذا ليس بسهو وهذا المقدار لا يخفى على مثل المصنف وانما أراد بالحل الحل الضمنى وبالحرمة الحرمة الضمنية لانه أراد بهذا الكلام حاصل المسئلة التى ذكرها صاحب الهداية بقوله ومن أرسل أجيراله مجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعه أكله لان قول الكافر مقبول فى المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم لانه لما قبل قوله فى الحل أولى ان يقبل فى الحرمة ومراد الشيخ رحمه الله من قوله فى الحل والحرمة هو هذا أعنى قوله لما قبل قوله فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة فافهم (و) يقبل قول (المملوك) سواء كان عبدا أو جارية (والصبى فى الهدية) بان قال المملوك هذه هدية اهداها اليك سيدى أو قال الصبى هذه هدية أهداها اليك أبى وفى الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثنى مولاى اليك هدية وسعه أن يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها وانما يقبل قول هؤلاء فيها لان الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء (و) كذا يقبل قولهما فى (الاذن) أى فى اذن المولى لعبده واذن الولى للصبى لانه لا يمكن استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب فى الارض والمبايعة فى السوق فلو لم يقبل قولهما يؤدى الى الحرج (و) كذا يقبل قول (الفاسق فى المعاملات) كالتوكيل والاذن فى التجارة وكل شئ ليس فيه الزام ولا ما يدل على النزاع لاجل الضرورة والاصل فيه أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا صغيرا أو كبيرا لانها كثيرة واشتراط العدالة فيها يؤدى الى الحرج فيشترط فيه التمييز لا غير ولا دليل مع التسامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا فى حرج عظيم وبابه مفتوح (لا) يقبل قوله (فى الديانات) لانها لا تكثر وقوعا فلا حرج فى اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها وذلك كالاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره عدل أنه نجس يتيمم ولا يتوضأ به واذا أخبره فاسق تحرى فيه وكذا اذا كان مستورا فى الصحيح فان غلب على ظنه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان أراقه ثم تيمم كان أحوط ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ ولا يتيمم لترجح جانب الكذب والحاصل فيه أن محل الخبر على أنواع الاول خبر الرسول فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير والثانى خبره فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند أبى يوسف وهو اختيار الجصاص خلافا للكرخى حيث يشترط فيه التواتر عنده وشهر رمضان من القسم الاول والثالث حقوق العباد فيما فيه الزام من كل وجه فيشترط فيه العدالة والعدد ولفظة الشهادة والحرية والرابع حقوق العباد فيما فيه الزام من وجه دون وجه فيشترط فيها أحد شطرى الشهادة اما العدد أو العدالة

عند أبي حنيفة خبر فالهما حيث يقبل فيها عندهما خبر كل مميز والخادس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز (ومن دعي الى وليمة) وهي طعام العرس (وثمة) أي هناك (لعب وغناء يقعد ويأكل) من الوليمة هذا اذا احدث اللعب والغناء هناك بعد حضوره ولا يترك ولا يخرج لان اجابة الدعوة سنة فلا يتركها لمقارنة البدعة من غيره كصلاة الجنازة لا يتركها لاجل النائحة فان قدر على المنع منعهم والا يصبر هذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى به ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شينا في الدين وفتح باب المعصية وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وان علم ان هناك لعبا وغناء قبل أن يحضرها فلا يحضرها لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هناك منكر

هذا (فصل في) بيان أحكام (اللبس)

(حرم للرجل) أي عليه واللام تأتي بمعنى على كما في قوله تعالى وان أسأتم فلها أي فعليها ولو قال على الرجل كان أصوب (لا) يحرم (للمرأة لبس الحرير) لما روى عن أبي موسى الاشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أحل الذهب والحرير للاناث وحرم على ذكورها رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه (الا قدر أربعة أصابع) فانها حلال للرجل لما روى عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير الا هكذا ورفع لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم السبابة والوسطى وضمهما رواه البخاري ومسلم وفي لفظ نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة رواه مسلم وأحمد وآخرون (وحل توسده) أي توسد الحرير (وافتراشه) عند أبي حنيفة وقالا يكره لما روى عن حذيفة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهانا أن نشرب في آنية الذهب والفضة وان نأكل فيها وعن لبس الحرير والديباج وان نجلس عليه رواه البخاري وبه قالت الثلاثة ذكر القدوري الخلاف كما ذكرنا وكذا ذكر صاحب المنظومة والمجمع وذكر في الجامع الصغير الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وذكر أبو الليث أبا يوسف مع أبي حنيفة وله ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير ولان الحرام هو اللبس والافتراش ليس بلبس وكذا يباح النوم عليه عنده وجعله سترا وتعليقه على الباب خلافا لهم وفي نوادر هشام أن محمدا قال أكره تكة الديباج والابريسم وفي الفتاوى الصغرى ولا بأس بتكة الحرير عند أبي حنيفة (و) حل أيضا (لبس ما) أي الذي (سداه حرير ولحمته قطن أو خز) بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاي وهو اسم دابة ثم سمي المتخذ من وبره خزا لان الصحابة رضي الله عنهم لبسوا مثل هذا وهذا بالاجماع في الحرب وغيره (وعكسه) أي عكس المذكور وهو أن يكون لحمته حريرا وسداه قطنا أو خزا أو غيرهما (حل في الحرب فقط) يعني لا يحل في غير الحرب وهذا أيضا بالاجماع للضرورة لانه أهيب وادفع لمعرة السلاح وأما لبس الحرير الخالص في الحرب فلا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز لما روى أنه عليه الصلاة والسلام رخص لبس الحرير والديباج في الحرب وله اطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير والضرورة اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه (ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة) لما روينا والتحلي بالحاء المهملة التزين (الا بالخاتم) قدر مثقال لانه عليه الصلاة والسلام كان له خاتم من فضة (والمنطقة) بكسر الميم وتسمى بالفارسية كمرا (وحلية السيف)

وكل ذلك تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد واليه أشار بقوله (من الفضة) وهو قيد للمذكور بجميعه (والافضل لغير السلطان والقاضى ترك التختم) لعدم احتياجه اليه بخلاف السلطان والقاضى (وحرم التختم بالحجر) أى حجر كان الا الحجر الذى يقال له يشب عند بعضهم وهو الاصح ولا بأس بالعقيق فى الاصح (والحديد والصفر) والرصاص والقزدير ونحو ذلك (والذهب) لحصول الاستغناء بالفضة وفى الاجناس ولا بأس للرجل أن يتخذ خاتما من فضة فصه منه وان جعل فصه من جزع أو عقيق أو فيروزج أو ياقوت أو زمرذ فلا بأس به وان نقش عليه اسمه واسم أبيه أو ما بدا له كقوله ربى الله أو نعم القادر فلا بأس به وقال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير فاذا تختم ينبغى أن يجعل الفص الى باطن الكف لا الى ظاهر الكف بخلاف النسوان فانهن لا يفعلن هكذا ولا بأس لهن بذلك وفى الاجناس ويلبس خاتمه فى خنصره اليسرى ولا يلبسه فى اليمنى ولا فى غير خنصره اليسرى من أصابعه وسوى الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار وهو الحق لاختلاف الروايات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك (وحل مسمار الذهب يجعل فى حجر الفص) أى فى ثقبه لانه تابع كالعلم فلا يعد لابساله (و) حل (شد السن) المتحرك (بالفضة لا بالذهب) عند أبى حنيفة لان المحرم لا يباح الا للضرورة وهى تندفع بالفضة وقالا يجوز بالذهب أيضا لما روى أن عرفجة ابن سعد أصيب أنفه يوم كلاب فاتخذ أنفا من فضة فانتن فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب وبه قالت الثلاثة قلنا الكلام فى السن والمروى فى الانف ولا يلزم من عدم الاغناء فى الانف عدم الاغناء فى السن على أنه يحتمل أن عرفجة قد خص به (وكره الباس ذهب وحرير صبيا) لانه لما حرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبى وكذا الميتة والدم وعند الثلاثة لا يكره (لا) يكره (الخرقة) أى حملها (لوضوء ومخاط) لعموم ذلك بين الناس فى عامة البلدان وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وفى الجامع الصغير يكره حمل الخرقة التى يمسح بها العرق لانها بدعة محدثة وتشبه بزى الاعاجم والاول هو الاصح (و) لا يكره (الرتم) أيضا وهى الرتمة والرتيمة وهو خيط التذكر يعقد فى الاصبع لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بها وتعلق بها غرض صحيح فلا يكره

هذا (فصل فى) بيان أحكام (النظر والمس)

(لا ينظر) الرجل (الى غير وجه) المرأة (الحرة و) غير (كفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال على وابن عباس رضى الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد به موضعهما وهو الوجه والكف وهذا يدل على عدم جواز النظر الى القدم وعن أبى حنيفة أنه يجوز لان فى تغطيته بعض الحرج وعن أبى يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها أيضا لانه يبدو منها عادة وما عدا ما استثنى من الاعضاء لا يجوز له أن ينظر اليه لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب فى عينيه الآنك يوم القيامة قال الشارح فى قوله لا ينظر الى غير وجه الحرة هذا كلام فيه خلل لانه يؤدى الى أنه لا ينظر الى شئ من الاشياء الا الى وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضا على النظر الى هاتين العضوين والى ترك النظر الى كل شئ سواهما وليس هذا بمقصود فى هذه المسئلة وانما المقصود فيها أنه يجوز له النظر الى هاتين العضوين

لانه

لأنه يكفهما قالت معنى كلامه لا ينبغي له أن ينظر من أعضاء الحرة الى غير وجهها وكفيها والمقصود
نفي جواز النظر الى غير الوجه والكفين والدلالة على جواز النظر الى هذه الاعضاء وليس فيه
ما يدل على التحريض على النظر الى هذه الاعضاء ولا يدل التركيب عليه فافهم (ولا ينظر من
اشتهى) أراد أن صاحب الشهوة لا يجوز له أن ينظر (الى وجهها) أي وجه الحرة مع جواز النظر
اليه عند عدم الشهوة (الا الحاكم والشاهد) فانهما ينظران مطلقا للضرورة ولكن يجب عليهما
قصد أداء الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح بقدر الامكان هذا وقت الاداء وأما
وقت التحمل فلا يجوز له أن ينظر اليها مع الشهوة لانه يوجد من لا يشتهي فلا حاجة اليه (وينظر
الطبيب الى موضع مرضها) للضرورة ولكن يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر
ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع وينبغي له أن يعلم امرأة ان أمكن لان نظر الجنس
أخف والا ينظر على الوجه الذي ذكرناه (وينظر الرجل الى الرجل الا) أنه لا ينظر الى (العورة)
وهي ما بين السرة الى الركبة وانما لم يبينها ههنا اكتفاء بما ذكره في كتاب الصلاة (و) تنظر (المرأة
للمرأة والرجل) أي تنظر الى الرجل أيضا (كالرجل للرجل) أي كما ينظر الرجل الى الرجل وهو
جواز النظر الى جميع البدن غير العورة وهذا اذا أمنت الشهوة والفتن وان كان في قلبها شهوة
أو في أكبر رأيها انها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها بخلاف الرجل عند
الشهوة يجب عليه أن لا ينظر والفرق أن الشهوة غالبة عليهن وهي كالمتحقق حكما فاذا اشتهى هو
كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت هي لم يكن الا منها فكانت من جانب واحد
والموجود من الجانبين أقوى وما جاز للرجل أن ينظر اليه جاز مسه لانه ليس بعورة بخلاف مسه
في المرأة فان ذلك مطلقا (وينظر الرجل الى فرج أمته وزوجته) سواء كان بشهوة أو بغيرها لقوله
عليه السلام غض بصرك الا عن زوجتك وأمتك والاولى أن لا ينظر كل واحد منهما
الى عورة صاحبه لانه يورث النسيان وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى أن ينظر
الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة والمراد بالامة التي يحل
له وطؤها وأما اذا كانت لا يحل له وطؤها كامته المجوسية والمشتركة لا يحل له ذلك (و) ينظر
الرجل أيضا الى (وجه محرمه) كأمه وبنته وأخته وعمته وخالته وكل من لا يحل له نكاحها
على التأبيد بنسب أو بسبب كالرضاع والمصاهرة وان كان بزنا (و) ينظر الى (رأسها وصدرها
وساقيها وعضديها) والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية ولم يرد به نفس
الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالرأس موضع التاج
والشعر والوجه موضع الكحل والعنق والصدر موضع القلادة والاذن موضع القرط والعضد
موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع
الخلخال والقدم موضع الخضاب (لا) ينظر (الى ظهرها وبطنها وفخذيها) لانها ليست بمواضع
الزينة وقال الشافعي يجوز له أن ينظر الى ظهر محارمه وبطنها (ويمس) الرجل من محارمه
(ما حل النظر اليه) لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة والمخالطة وكان عليه السلام
يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول أجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدأ بها
فقبلها وعانقها وقال من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة ولا بأس بالخلوة معها الا اذا

خاف على نفسه أو عليها الشهوة فحينئذ لا يمسها ولا ينظر اليها ولا يخلو بها (وأمة غيره كمحرمه) فينظر اليها كما ينظر الى محرمه ويمتنع ما يمتنع من الظهر والبطن خلافا لمحمد بن مقاتل فانه قال ينظر الى ظهرها وبطنها (وله) أى للرجل (مس ذلك) أى المذكور من الرأس والصدر والساق والعضد (ان أراد الشراء وان اشتهى) يعنى وان خاف الشهوة للضرورة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (ولا تعرض الامة اذا بلغت فى ازار واحد) لوجود الاشتهاء والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة والركبة لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما والتى بلغت حد الشهوة فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد (والخصى) وهو مقطوع الخصيتين (والمجبوب) وهو مقطوع الذكر والخصيتين من جب اذا قطع (والمخنث) فى الردىء من الافعال (كالفحل) أى كحكم الفحل فيما ذكرنا أما الخصى فلانه يجامع وأما المجبوب فلانه ينزل بالسحق ولهذا لو جاءت امرأته بولد يثبت نسبه منه واما المخنث فلانه فحل فاسق وقد رخص بعض أصحابنا اختلاط المجبوب مع النساء اذا جف ماؤه وكذا المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر ولا يشتهى النساء بالاختلاط بهن والاصح المنع مطلقا (وعبدها) أى عبد المرأة (كالاجنبى) من الرجال حتى لا يجوز لها أن تبدى من زينتها الا ما يجوز أن تبديه للاجنبى ولا يحل له أن ينظر من سيدته الا ما يجوز له أن ينظر اليه من الاجنبية وقال الشافعى ومالك نظره اليها كنظر الرجل الى محارمه دفعا للحرج ولنا أنه فحل غير زوج ولا محرم والشهوة موجودة (ويعزل) الرجل ماءه (عن أمته) عند الجماع (بلا اذنها) لانه لا حق لها فى الوطء (و) يعزل (عن زوجته الحرة باذنها) لان لها حقا فى الوطء ولو كانت تحته أمة غيره فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة الاذن الى مولاها

*هذا (فصل فى) بيان أحكام (الاستبراء وغيره) وهو طلب البراءة مطلقا وهنا طلب براءة الرحم (من ملك أمة) بشراء أو هبة أو وصية أو ميراث أو خلع أو كتابة أو نحو ذلك (حرم وطؤها ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئ) بأن يتركها الى أن تحيض حيضة واحدة ان كانت من ذوات الحيض أو يمضى عليها شهر واحد ان كانت آيسة أو الى أن تضع حملها ان كانت حاملا لقوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد حتى يجب على المشترى من مال الصبى ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها الاستبراء وكذلك اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب ولا يعتد بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة التى حصلت بعد الاسباب قبل القبض خلافا لابى يوسف وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الاجازة فى بيع الفضولى وان كانت فى يد المشترى ولا بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا ويجب اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم فى ذلك الوقت ويجتزأ بالحيضة التى حاضتها وهى مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة والمستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب ولو أقال البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء وكان أبو حنيفة يقول أولا عليه

الاستبراء ثم رجع وقال لايجب وهو قولهما (له) أى للرجل (أمتان أختان قبلهما
بشهوة حرم وطء واحدة منهما وحرم دواعيه) وهى القبلة واللمس (حتى يحرم فرج الاخرى
يملك) بأن يملك رقبتها من انسان بأى سبب كان من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة
وكالصلح والخلع والمهر (أو نكاح) صحيح بأن يزوجها من رجل فاذا زوج احداهما بنكاح
فاسد لاتحل له الاخرى لان فرجها لم يصر حراما عليه بهذا العقد المجرد الا اذا دخل بها الزوج
فحينئذ تحل له الاخرى لان العدة تجب عليها بالدخول فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا
(أو عتق) بأن يعتق أحداهما وذلك لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والمراد به الجمع
بينهما وطأ وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطأ وعقدا ولا يعارض بقوله تعالى
أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم والدواعى بمنزلة الوطء ثم تمليك البعض كتمليك
الكل وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل أما عندهما فظاهر لانه لا يتجزأ وكذا عند أبى حنيفة
لانه وان كان يتجزأ ولكنه يحرم به الفرج لان معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة احداهما
كاعتاقها ولو رهن احداهما أو اجرها أو دبرها لاتحل الاخرى لان فرجها لا يحرم بهذه
الاسباب (وكره تقبيل الرجل) بأن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيأ منه (و) كذا (معانقته
فى ازار واحد) ذكر الطحاوى أن هذا قولهما وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى
أنه عليه الصلاة والسلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه ولهما ما روى
أنس رضى الله عنه أنه قال قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم أينحنى بعضنا لبعض قال لا قلنا
أيعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير
الازار واذا كان عليهما قميص أو جبة جاز بالاجماع أشار اليه الشيخ بقوله (ولو كان عليه) اى على
الرجل (قميص جاز) وقال الامام أبو منصور الماتريدى المكروه من المعانقة ما كان على وجه
الشهوة وأما على وجه البر والكرامة فجائز ورخص الشيخ الامام شمس الائمة وبعض المتأخرين
تقبيل يد العالم أو المتورع على سبيل التبرك وقال سفيان الثورى تقبيل يد العالم ويد السلطان
العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك وقبل رأسه وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقى غيره
فهو مكروه فلا رخصة فيه قلت كذلك يجوز تقبيل يد الوالدين والشيخ الذى يأخذ منه
(كالمصافحة) أى كما تجوز المصافحة لانها سنة قديمة متوارثة فى البيعة وغير ذلك

* هذا (فصل) فى بيان أحكام (البيع) الذى يكره وغيره (كره بيع العذرة) وهى رجيع الآدمى
لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها مخلوطة برماد أو تراب غالب عليها بالالقاء فى الارض
فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن أبى حنيفة أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز (لا) يكره بيع
(السرقين) وهو الروث لانه منتفع به لانه يلقى فى الارض لاستكثار الريع فكان مالا وقال
الشافعى لا يجوز لانه نجس العين فأشبه العذرة وبه قال مالك وأحمد (له) أى للرجل (شراء أمة زيد
قال بكر وكلنى زيد ببيعها) لانه أخبره بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد مقبول فى المعاملات
بشرط أن يكون مميزا حتى جاز له أن يطأها بعد الشراء وكذا اذا قال بكر اشتريت هذه الجارية من
زيد أو وهبنى اياها أو تصدق بها على ولا فرق بين ما اذا كان يعلم أنها له أو لم يعلم لان العمدة على خبره
لان الخبر دليل شرعى ألا ترى أنه يقبل فيما هو أعظم منه وهو التزوج بأن زفت اليه امرأة وقالت

النساء هي امرأتك حل له وطؤها ولو كان المخبر غير ثقة فيما اذا ادّعى الملك أو غيره فان كان أكبر رأيه انه صادق وسعه لانّ عدالة المخبر في المعاملات لا تشترط للحاجة على ما بينا وان كان أكبر رأيه انه كاذب لا يتعرّض لشئ من ذلك وان لم يخبر صاحب اليد بوكالة أو انتقال ملك اليه فان كان يعرفها أنها لغيره لا يشتريها حتى يعلم أنّ الملك انتقل اليه أو وكله وان كان لا يعرف أنها للاول وسعه أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لانّ اليد دليل الملك وان كان الذى في يده عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل وان أخبره أن مولاها أذن له وهو ثقة قبل قوله والا يعتبر فيه أكبر الرأى وان لم يكن له رأى لا يشتريها ولو اخبر رجل امراة انّ زوجها الغائب مات او طلقها ثلاثا او اتاها بكتاب منه بطلاق ولا تدرى انه كتابه ام لا الا انه في اكبر رأيها انه حق بعد ما تحرت فلا بأس بأن تعتدّ ثم تتزوج لانّ القطع طارئ فلا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدّتي فلا بأس بأن يتزوّجها وكذلك المطلقة الثلاث اذا قالت انقضت عدّتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدّتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت الجارية كنت امة لفلان فاعتقني حلّ له ان يتزوجها لانّ القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر أنّ اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدّا او اخاها من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا لو اخبره انك تزوجتها وهي مرتدّة او اختك من الرضاع لم يتزوج باختها ولا اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان

(وكره لرب الدين اخذ ثمن خمر باعها مسلم) الذى هو المديون لان بيعه باطل لكون الخمر غير مال في حقه فيبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل لرب الدين اخذه من البائع الذى هو مديونه (لا) يكره اذا كان (كافر) هو البائع لان البيع صحيح ويملك الثمن فيحل الاخذ منه وعلى هذا لو مات مسلم وترك ثمن خمر باعها هو لا يحل لورثته ان يأخذوا ذلك لانه كالمغصوب وقيل كسب المغنية كالمغصوب لم يحل اخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق او الظلم او اخذ الرشوة تتورع الورثة ولا يأخذوا منه شيأ وهو اولى لهم ويردّونه على اربابه ان عرفوهم والا تصدّقوا بها لانّ سبيل الكسب الخبيث التصدّق اذا تعذر الردّ على صاحبه (و) كره أيضا (احتكار قوت الآدمى) كالبر ونحوه (و) قوت (البهيمة) كالشعير والتبن والقتّ (في بلد يضر بأهله) أى بأهل البلد لانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع تضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضرّ بهم ذلك بأن كانت البلد صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بأن كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار لغيره وتلقى الجلب على هذا التفصيل وتخصيص الاحتكار بالاقوات قولهما وقال أبو يوسف كل ما ضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثيابا أو دراهم ونحو ذلك وعن محمد أنه لا احتكار في الثياب ثم الاحتكار انما يكره اذا طالت المدة وقدروها بأربعين يوما وقيل بالشهر وقيل ضرب المدة للمعاقبة في الدنيا وأمّا الاثم فحاصل وان قصرت المدة (لا) يكره احتكار (غلة ضيعته و) لا (ما) أى الذى (جلبه من بلد آخر) لانه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا ألا ترى انّ له أن لا يزرع ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع وعن أبي يوسف يكره أن يحبس ما جلبه من بلد آخر لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام المحتكر خاطئ وعن محمد أنّ نقله من موضع يجلب منه الى المصر في الغالب يكره حبسه بخلاف ما اذا نقله

من

من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حقهم (ولا يسعر السلطان) على المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق (الا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة) بالتحكم على المسلمين (تعديا فاحشا) وعجز السلطان عن صيانة حقوقهم الا بالتسعير فلا بأس به حينئذ بمشورة أهل الرأى والنظر ولا يسعر الا اذا أبوا أن يبيعوه الا بغبن فاحش ضعف القيمة فاذا فعل ذلك على رجل فتعدى ذلك فباعه بثمن فوقه اجازه القاضى وهذا لا يشكل على قول أبى حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم لانه اذا لم يكن على قوم بعينهم لا يكون حجرا بل يكون فتوى فى ذلك وينبغى للقاضى والسلطان أن لا يعجل بعقوبته اذا رفع اليه هذا الامر بل يأمره بان يبيع ما فضل عن قوته وقوت عياله على اعتبار السعة وينهاه عن الاحتكار ويزجره عنه وان رفع اليه ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويزول الضرر عن الناس وان امتنع من البيع بالكلية قيل لا يبيع عند أبى حنيفة وعندهما يبيع بناء على أنه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ وهما يريانه كما فى بيع مال المديون وقيل يبيعه بالاجماع واذا خاف الامام على أهل مصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا ردوا مثله (وجاز بيع العصير) أى عصير العنب (من خمار) أى من الذى يعمل الخمر لان المعصية لا تقوم بعينه بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه (و) جاز أيضا (اجارة بيت ليتخذ) المستأجر (بيت نار) وهو معبد المجوس (او) يتخذ (بيعة) لليهود (او) يتخذ (كنيسة) للنصارى (او يباع فيه خمر بالسواد) أى القرى دون الامصار وهذا قيد للكل قيد به لانهم لا يمكنون من اتخاذ المعبد واظهار بيع الخمور والخنازير فى الامصار لظهور شعائر الاسلام بخلاف السواد وقالوا هذا فى سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة وأما فى سواد غيرها ففيه شعائر الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها فى الاصح والذى ذكر فى المتن هو قول أبى حنيفة وعندهما لا ينبغى أن يؤجر بيت لشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية وبه قالت الثلاثة وله أن الاجارة على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما هى بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فصار كبيع الجارية ان لا يستبرئها أو يأتيها من دبرها أو بيع الغلام من لوطى (و) جاز أيضا (حمل خمر لذمى بأجر) عند أبى حنيفة وقالا يكره لانه عليه الصلاة والسلام لعن فى الخمر عشرة وعد منها حاملها وله أن الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا تسبب لها وانما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان حملها قد يكون للاراقة أو للتخليل فصار كمن استأجره لعصر العنب أو قطفه والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا اجره دابة لينقل عليها الخمر أو اجره نفسه ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عند أبى حنيفة وعندهما يكره (و) جاز أيضا (بيع بناء بيوت مكة) لانه ملك لمن بناه ألا ترى انه لو بنى فى المستأجر أو فى الوقف صار البناء ملكا له وجاز له بيعه (و) كذا جاز بيع (اراضيها) أى أراضى بيوت مكة عند أبى يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة لان فى اثبات الكراهة حجرا على الملاك والدليل يابى الحجر على الحر العاقل البالغ الكامل الرأى وبه قال الشافعى وبه يفتى وجه رواية الكراهة قوله عليه الصلاة والسلام

ألا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولان الحرم وقف الخليل عليه الصلاة والسلام (و) جاز أيضا (تعشير المصحف) وهو ان يجعل على كل عشر آيات من القرآن الكريم علامة (ونقطه) بفتح النون أى نقط المصحف وهو اظهار اعرابه وبه يحصل الرفق جدا خصوصا للعجمى الذى لا يحفظ القرآن ولا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال جردوا القرآن فذاك فى زمنهم لانهم كانوا ينقلونه عن النبى صلى الله عليه وسلم كما أنزل وكانت القراءة سهلة عليهم ولا كذلك هذا الزمان وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامى السور وعدد الآى فهو وان كان محدثا فمستحسن وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان (و) جاز أيضا (تحليته) أى تحلية المصحف بماء الذهب والفضة واللازورد ونحوها لان فى ذلك تعظيمه كما فى نقش المساجد وتحليتها اذا كان من غير مال الوقف وعند الثلاثة يكره الكل وقيل وبه يفتى (و) جاز أيضا (دخول ذمى مسجدا) وقال مالك يكره ذلك فى كل مسجد وقال الشافعى يكره فى المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا وبه قال أحمد وعداه مالك الى سائر المساجد لعموم العلة وهى النجاسة ولنا ان النبى عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف فى المسجد وضربت لهم خيمة فيه فقالت الصحابة رضى الله عنهم المشركون نجس فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الارض من نجاستهم شئ وانما نجاستهم على أنفسهم والمراد بالمنع المذكور فى الآية عن قربانهم المسجد الحرام منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت عراة (و) جاز أيضا (عيادته) أى عيادة الذمى اذا مرض بالاجماع لان فيه اظهار محاسن الاسلام واختلف فى عيادة المجوسى فقيل لا يعوده لانه ابعد من الاسلام وقيل يعوده لان فيه ترغيبه الى الاسلام وتأليفه وكذلك اختلف فى عيادة الفاسق والاصح أنه لا بأس بها لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين (و) جاز أيضا (خصى البهائم) من خصيت الفرس خصيا وخصاء اذا نزعت بيضته لان فيه تطييب لحمه وترك النطاح والشر الا عند مالك يكره فى الخيل (و) جاز أيضا (انزاء الحمير على الخيل) لانه عليه الصلاة والسلام ركب البغلة واقتناها ولو لم يجز لما فعله والانزاء من النزو وهو الوثب وهو كناية عن السفاد وهو الجماع (و) جاز أيضا (قبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته) لان ذلك من ضرورات التجارة وقد صح أن سلمان الفارسى رضى الله عنه أهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم هدية قبل أن يعتق فقبلها النبى صلى الله عليه وسلم وكان صلى الله عليه وسلم يجيب دعوة المملوك (وكره كسوته) أى كسوة العبد التاجر (الثوب) أراد قبول هديته اذا كانت ثوبا ونحوه لانه تبرع والعبد ليس من أهله ولكن جوز فى الشئ اليسير للضرورة استحسانا (و) كذلك كره (هدية النقدين) أى الدراهم والدنانير لما قلنا (و) كره أيضا (استخدام الخصى) لان فيه تحريض الناس على الخصاء الذى هو مثلة وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عنها فيحرم (و) كره أيضا (الدعاء بمعقد العز من عرشك) من العقد وفيه عبارة أخرى وهى مقعد من القعود تعالى الله عن ذلك ولا شك فى هذا الاستحالته على الله تعالى وكذا الاول لانه يوهم ان عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة وقال أبو يوسف لا باس به لانه عليه الصلاة والسلام دعا به وبه قالت الثلاثة وبه أخذ الفقيه أبو الليث (و) كذا يكره أن يقول فى دعائه (بحق فلان) وبحق أنبيائك وأوليائك أو بحق رسلك او بحق البيت

او بحق المشعر الحرام لانه لاحق للخلق على الله تعالى ولو قال لآخر بحق الله أو بالله أن تفعل كذا لايجب عليه أن يأتي بذلك شرعا وان كان الاولى أن يأتي به (و) كذا يكره (اللعب بالشطرنج) بكسر الشين (والنرد) والاربعة عشر وهو لعب تستعمله اليهود قال أبو الليث وذلك لما روى ان ابن عمر رضى الله عنهما مر بقوم يلعبون الشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ماهذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون وقال عليه الصلاة والسلام من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير رواه مسلم وأحمد وأبو داود وقال الشافعي يباح اللعب بالشطرنج لتشحيذ الخاطر وتذكية الفهم فيجوز لهذا القصد دون القمار بشرط أن لا يترك الصلاة ولا يتكلم بالفحش ولو لعب به في الطريق أو أكثر منه سقطت عدالته بالاجماع ولم ير أبو حنيفة بالسلام عليهم بأسا ليشغلهم عما هم فيه وكرهاه تحقيرا لهم (و) كذا يكره كراهة تحريم (كل لهو) لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب ابن آدم حرام الا ثلاثة ملاعبة الرجل أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته بقوسه وهذا نص صريح في تحريم الرقص الذي تسميه المتصوفة الوقت وسماع الطبل فانما هو سماع فيه أنواع الفسق وانواع العذاب في الآخرة (و) كذا يكره (جعل الراية في عنق العبد) وهو طوق من خشب مسمر بمسمار عظيم يجعل في عنقه يمنعه من تحريك رأسه وهو معتاد بين الظلمة وانه حرام لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وقيل لا بأس به في زماننا لانه علامة الاباق وقد كثر في هذا الزمان خصوصا في السودان وكان في زمانهم مكروها لقلة الاباق (وحل قيده) أي قيد العبد احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق (و) حلت (الحقنة) للتداوي وجاز أن ينظر الى ذلك الموضع للضرورة ولا جناح على من يتداوى اذا كان يرى ان الشافي هو الله تعالى دون الدواء لقوله عليه الصلاة والسلام عباد الله تداووا فان الله تعالى لم يضع داء الا وضع له شفاء أو دواء الا داء واحدا قالوا يا رسول الله وما هو قال الهرم رواه الترمذي وصححه ولا فرق في الحقنة بين الرجل والمرأة وانما يجوز ذلك بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وكذا كل تداو لا يجوز الا بالطاهر لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ذكره البخاري وفي النهاية يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول اذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه (و) حل أيضا (رزق القاضي) من بيت المال لانه أعد لمصالح المسلمين والقاضي محبوس لمصالحهم والحبس من أسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة والزوجة يعطى منه ما يكفيه وأهله وعلى هذا كانت الصحابة والتابعون وهذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما بأن جمع بباطل لم يحل أخذه لانه مال الغير فيجب رده على صاحبه ثم ان كان القاضي محتاجا فالافضل له أن يأخذ بل يجب وان كان غنيا فكذلك يأخذ منه كفايته عند بعضهم وهو الاصح لان ماله يفرغ بالنفقة الدائمة هذا اذا اعطوه من غير شرط ومعاقدة وان كان بشرط ومعاقدة لا يحل له أخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الاجر عليه كسائر الطاعات ولو أخذ الرزق في أول السنة ثم عزل قبل مضيها قيل يجب عليه رد حصة ما بقي من السنة وقيل هو على الاختلاف في الزوجة (و) حل أيضا (سفر الامة وأم الولد بلا محرم) لان الامة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس وام الولد امة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة ومعتقة البعض عند ابي حنيفة

قيل هذا في زمنهم لغلبة اهل الصلاح فيه وأما في زماننا فلا لغلبة أهل الفساد (و) حل أيضا
(شراء ما لا بد) أي لا استغناء (للصغير منه) كالنفقة والكسوة واستئجار الظئر ونحو ذلك (وبيعه)
أي بيع ما لا بد منه أيضا للصغير (للعم والام والملتقط لو) كان الصغير (في حجرهم) دفعا للضرر عنه
(وتوجره) أي توجر الصغير (أمه) اذا كان في حجرها (فقط) يعني لا يؤجره العم ولا الملتقط ولا
الاخ وهذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه في صناعة
وهو أقرب لان فيه نفعا محضا للصغير ولو أجر الصغير نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ
من العمل لانه تمحض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه اذا أجر نفسه
واذا كان الصغير في يد العم فأجرته أمه صح لانه من الحفظ وهذا عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح

هذا (كتاب) في بيان أحكام (احياء الموات)

الاحياء مصدر أحيا والموات على وزن فعال بالفتح من الموت وفي الشرع (هي) أي الموات
(ارض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها او لغلبته) أي لغلبة الماء (عليها) وهي (غير مملوكة) لاحد
قيد به لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي كان ملكه باقيا فيها لعدم ما يزيله فلا تكون مواتا فان عرف
المالك فهي له وان لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف في جميع اللقطات
والاموال الضائعة ولو ظهر لها المالك بعد ذلك أخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة
والا فلا شئ عليه (بعيدة من العامر) بأن تكون في مكان بحيث لو وقف انسان في أقصى العامر
وصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فانه موات وان كان يسمع فليس بموات لانه فناء العامر فينتفعون
به لرعي المواشي وطرح الحصائد وهذا قول أبي يوسف وعند محمد تعتبر حقيقة الانتفاع حتى
لا يجوز احياء ما ينتفع به أهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احياء ما لا ينتفعون به وان كان
قريبا من العامر وبه قالت الثلاثة (ومن احياه) أي الموات (باذن الامام ملكه) عند أبي
حنيفة وقالا يملكه من احياه ولا يشترط فيه اذن الامام لقوله عليه الصلاة والسلام من احيا
أرضا ميتة فهي له رواه أحمد والترمذي وصححه وبه قالت الثلاثة الا عند مالك لو تشاح أهل
العامر يعتبر الاذن وللاول قوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه
والمراد به المباحات الا ان الحطب والماء والحشيش خصت بالحديث فبقي ما عداها على الاصل
والحديث محمول على انه اذن لقوم بأعيانهم أو المراد به اذا كان باذن الامام جمعا بين الحديثين
(وان حجر) الارض (لا) يملكها بالتحجير وهو اما من الحجر وهو المنع لانه يمنع غيره واما من وضع
الحجر لانهم كانوا يضعون الاحجار حولها تعليما للحدود كي لا يشركهم فيها أحد ولكنه هو
أولى بها فلا تؤخذ منه الى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها أخذها الامام منه ودفعها الى غيره وانما
قدر بثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس للمحتجر بعد ثلاث سنين حق هذا من طريق
الديانة وأما في الحكم فاذا أحياها غيره قبل مضيها ملكها لتحقق سبب الملك منه دون الاول
وان حفر لها بئرا فهو تحجير وكذا اجعل الشوك حولها ولو كربها أو ضرب عليها المسناة وسقاها
أو شق لها نهرا فهو احياء وان فعل أحدهما يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان
احياء وان حوطها وسنمها بحيث تعصم الماء يكون احياء وكذا اذا بذرها (ولا يجوز احياء
ما قرب من العامر) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا أو تقديرا فصار كالطريق والنهر وعلى هذا قالوا

ليس للامام أن يقطع مالاغنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى منها الماء (ومن حفر بئرا فى موات فله حريمها) أى حريم البئر (أربعون ذراعا من كل جانب) لقوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله ماحولها أربعون ذراعا ثم قيل الاربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة أذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كى لايحفر آخر بئرا بجنبها فيتحول ماء الاولى فى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب ولافرق فى ذلك بين أن تكون البئر للعطن أو للناضح عند أبى حنيفة وعندهما ان كانت للعطن فأربعون ذراعا وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله عليه الصلاة والسلام حريم بئر العطن أربعون وحريم بئر الناضح ستون وله ان الاحاديث تعارضت فقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من حفر بئرا فله ماحولها أربعون ذراعا من غير فصل فأخذنا بالاقل لانه متيقن وعند أحمد خمسة وعشرون ولو عادية فخمسون وعند الشافعى ومالك يعتبر فيه العرف وبئر العطن الذى ينزح منه الماء باليد وبئر الناضح الذى ينزح منه الماء بالبعير والذراع ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة (وحريم العين خمسمائة) ذراع لقوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع ثم قيل هو خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب (فمن حفر فى حريمها) أى فى حريم البئر (منع منه) لانه صار ملكا لصاحب البئر فللاول أن يكبس ماحفره الثانى ولو أراد أن يأخذه بحفره كان له ذلك لانه أتلف ملكه بالحفر ثم اختلفوا فيما يؤاخذه به قيل يكبسه وقيل يضمنه النقصان وليس له أن يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح (وللقناة) وهى مجرى الماء تحت الارض (حريم بقدر مايصلحه) ولم يقدر بشئ يمكن ضبطه وعن محمد انه بمنزلة البئر فى استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما وعند أبى حنيفة لاحريم له مالم يظهر على وجه الارض لانه نهر فى الحقيقة فيعتبر بالنهر وعند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع وحريم شجر يغرس فى الارض الموات خمسة أذرع حتى لايملك غيره أن يغرس شجرا فى حريمه (وما) أى والذى (عدل عنه الفرات) أى انكشف عنه (ولم يحتمل عوده) أى عود الفرات (اليه) أى الى الذى عدل عنه (فهو موات) أى فى حكم الموات لانه ليس فى ملك أحد وجاز احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر (وان احتمل) عوده اليه (لا) يكون فى حكم الموات لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء بحقهم ولحاجتهم اليه (ولا حريم للنهر) فى ملك الغير عند أبى حنيفة وقالا له حريم من الجانبين بقدر القاء الطين ونحوه وبه قالت الثلاثة وقيل هذا بالاتفاق وهو قول المحققين من أصحابنا ذكره فى المحيط وفى رواية يقدره أبو يوسف بقدر نصف عرض النهر من كل جانب لان المعتبر الحاجة اليه وذلك بنقل ترابه الى حافته فيكتفى بما ذكرنا وقدره محمد بكل عرض النهر من كل جانب لانه قد لايمكنه القاء التراب من الجانبين فيحتاج الى القائه فى أحدهما فيقدر فى كل طرف ببطن النهر والحوض على هذا الخلاف وان تنازع فى الحريم صاحب الارض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكى كان ذلك لصاحب الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما المنا

كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وفي كشف الغوامض الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكرى في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج فيها الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق

* هذه (مسائل) * (الشرب) بكسر الشين (هو نصيب) من (الماء) قال تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أي نصيب (الانهار العظام كدجلة والفرات) وسيحون وجيحون والنيل (غير مملوك) لانه ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز (و) اذا لم يكن محرزا مملوكا كان (لكل) أحد من الناس (أن يسقي أرضه ويتوضأ به ويشربه) أي ويشرب منه (وينصب الرحا) عليه (ويكري) أي يحفر (منها) أي من هذه الانهار (نهرا) هذا كله (اذا لم يضر بالعامة) لان الانتفاع بالمباح لا يجوز الا اذا كان لا يضر بأحد كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء (وفي الانهار المملوكة والآبار والحياض لكل) أحد من الناس (شربه وسقي دابته لا) سقي (أرضه) لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلا والنار رواه أحمد وأبو داود وآخرون والمراد بالماء ما ليس بمحرز والمراد بالكلا الحشيش الذي ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ومن غير أن يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه وأحرزه وان كان في أرض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها والاصطلاء بها والا يقاد من لهبها وليس لصاحبها ان يمنع من ذلك اذا كانت في الصحراء بخلاف ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر لانه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه وانما ليس له سقي أرضه لان في اباحة ذلك ابطال حق صاحبه اذ لا نهاية لذلك فتذهب به منفعته فيلحقه به ضرر ولا كذلك شربه وسقي دابته (وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور) من البقر وهو الشق أراد ان صاحب النهر اذا خاف على النهر من سقي الدواب أن تكسر ضعفه أو تنشق الى موضع آخر فحينئذ (يمنع) لان الحق له على الخصوص وانما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه اذ به تبطل منفعته (و) الماء (المحرز في الكوز والحب) بضم الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة وهي الخابية (لا ينتفع به الا باذن صاحبه) لانه ملكه بالاحراز فكان اخص به كالصيد اذا أخذه لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما رويناه فنعمل فيما يسقط بالشبهات حتى لو سرقه في موضع يعز فيه الماء وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه أو دابته العطش كان له أن يقاتله بالسلاح لاثر عمر رضي الله عنه وان كان محرزا في الاناء ليس له أن يقاتله بالسلاح وله ان يقاتله بلا سلاح اذا كان فيه فضل عن صاحبه وفي الكافي قيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح (وكري نهر) أي حفر وهو مبتدا وقوله (غير مملوك) بالجر صفة نهر وقوله (من بيت المال) خبر المبتدا لان ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال معد لها فكان مؤنة الكرى منه (وان لم يكن فيه) أي في بيت المال (شئ يجبر الناس على كريه) لان في تركه ضررا عظيما على الناس وقلما يتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم الامام عليه (وكرى ما) أي الذي أي كرى النهر الذي (هو مملوك) يجب (على اهله) لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم (ويجبر الآبي) أي الممتنع منهم (على كريه) لما ذكرنا وقيل ان كان خاصا لا يجبر والفاصل بين الخاص والعام ان ما تستحق به الشفعة خاص وما لا تستحق به عام (ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم) أي على أهل

النهر الكائنين (من اعلاه) أى من أعلى النهر عند أبي حنيفة حتى اذا جاوز أرض رجل منهم تسقط مؤنة الكرى وقالا كرى النهر من أوله الى آخره على الشركاء لانّ الاعلى يحتاج الى ماوراء أرضه ليسيل مافضل من مائه كى لا تغرق أرضه وله انه للحاجة الى سقى الارض ولم يبق له حاجة فلا تجب عليه كمن له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شئ من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ثم فرع الشيخ على ماسبق بقوله (فان جاوز) الكرى (أرض رجل) منهم (برئ) الرجل من الكرى لماذكرنا (ولا كرى على أهل الشفة) مع الشركاء لانّ شركتهم فى ذلك عامة فلم يكن عليهم قسط من الكرى والشفة واحد الشفاه واصله شفهة سقطت الهاء تخفيفا وأهل الشفة هم الذين لهم حق الشرب بشفاههم وسقى دوابهم والاستقاء بالاوانى دون سقى الاراضى (نهر) كائن (بين قوم اختصموا فى الشرب فهو) أى الشرب (بينهم على قدر أراضيهم) لانّ المقصود من الشرب سقى الاراضى والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضى وكثرتها والظاهر ان حق كل منهم من الشرب بقدر أرضه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلفت فيه الشركاء حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لانّ المقصود فيه الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف الدار وليس لاحدهم أن يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على أنّ الاعلى يسكره حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل منهم فى نوبته جاز ولكن ان أمكنه أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر بالطين والتراب لانّ النهر ينكبس به وفيه اضرار بالشركاء الا أن يتراضوا على ذلك وان لم ينحبس باللوح فبالتراب وسكر النهر حبسه من حد دخل والسكر بكسر السين ما يسكر به الماء (وليس لاحدهم) أى لاحد الشركاء فى النهر (أن يشق منه) أى من النهر (نهرا او ينصب عليه رحا أو) ينصب عليه (دالية) وهى الناعورة وقيل هى جذع طويل مركب تركيب مداق الارز فى رأسه مغرفة كبيرة ليستقى بها (أو) ينصب عليه (جسرا أو يوسع فم النهر) لانّ فى ذلك كسر ضفة النهر المشترك وشغل الملك المشترك بالبناء الا أن تكون الرحا لا تضرّ بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى أرض صاحبها فيجوز والدالية والسانية بمنزلة الرحا والقنطرة مثل الجسر والفرق بينهما انّ الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الالواح والخشب والقنطرة مما يتخذ من الآجر والحجر ويكون موضاعا ولا يرفع هكذا قاله الشارح قلت الجسر أعم من القنطرة لانه يكون من الخشب ومن التراب أيضا والقنطرة تكون من الحجر ونحوه ولا يلزم الرفع فى الجسر خصوصا اذا عمل من التراب (أو يقسم بالايام و) الحال انه (قد وقعت القسمة بالكوى) بكسر الكاف ويجوز فيه المدّ والقصر وهو جمع كوة بالفتح وهو الثقب لانّ القديم يترك على حاله لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة فى نهر خاص لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة وان كان لا يضرّ بأهله لانّ الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى فى النهر الاعظم لانّ لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بالطريق الاولى (او يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها) أى ليس للارض الاخرى (فيه) أى فى النهر (شرب) لانه اذا فعل ذلك يخشى ان يدعى حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى اذا تقادم العهد قوله (بلا رضاهم) يتعلق بالجميع أى بلا رضا الشركاء (ويورث الشرب) لانه حق مالى فيجرى فيه الارث (ويوصى بالانتفاع

بعينه) لان جهالة الموصى به لاتمنع الوصية لانها من أوسع العقود حتى جازت للمعدوم وبالمعدوم (ولايباع) الشرب (ولايوهب) ولايتصدق به للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ولايصلح مهرا ويجب مهر المثل ولابدلا فى الخلع حتى ترد ماقبضت من المهر ولابدلا فى الصلح عن دعوى المال ولا فى القصاص ويسقط وتجب الدية (ولوملأ) رجل (أرضه ماء فنزت أرض جاره) بسبب ذلك (أوغرقت) أرض جاره (لم يضمن) لانه سبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان فى التسبب التعدى ألاترى ان من حفر بئرا فى أرضه لايضمن ماعطب فيها وان حفر فى الطريق يضمن قيل هذا اذا سقى أرضه سقيا معتادا بأن سقاها قدر ماتحتمله عادة اما اذا سقاها سقيا لاتحتمله أرضه فيضمن وهو نظير مالو اوقد نارا فى داره فاحترق دار جاره فانه ان كان قد أوقد مثل العادة لايضمن وان كان بخلاف العادة يضمن والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الاشربة)

وهو جمع شراب وهو اسم لكل مايشرب من المائعات وفى اصطلاح الفقهاء (الشراب مايسكر) من الاشربة (والمحرم منها) أى من الاشربة (أربعة) أنواع الاول (الخمر وهى) أى الخمر (النئ) بكسر النون وتشديد الياء (من ماء العنب اذا غلى) من غلى يغلى غليا وغليانا (واشتد وقذف) أى رمى (بالزبد) وهو الرغوة هذا باتفاق أهل اللغة وقال بعضهم كل مسكر خمر لماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم وآخرون وعن النعمان بن بشير رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الحنطة خمرا وان من الشعير خمرا ومن الزبيب خمرا ومن التمر خمرا ومن العسل خمرا رواه أبو داود والترمذى وغيرهما قلنا الخمر حقيقة ماذكرناه وغيره كل واحد له اسم مثل المثلث والباذق والطلا والمنصف والسكر ونحوها واطلاق الخمر عليها مجاز وعليه يحمل الحديث ثم اشتراط القذف بالزبد عند أبى حنيفة وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولايشترط فيه القذف بالزبد لانه سمى خمرا قبل القذف وبه قالت الثلاثة وله ان أحكام الخمر مقطوع بها فلا تثبت بالشبهة فاذا قذف بالزبد زالت شبهته والغليان والشدة شرط بالاجماع وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفى وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد احتياطا (وحرم قليلها) أى قليل الخمر (وكثيرها) بالاجماع حتى ان وجوب الحد يتعلق بنفس الشرب لان قليله يدعو الى كثيره وبخلاف سائر المشروبات (و) النوع الثانى (الطلاء) بكسر الطاء (وهو العصير ان طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه) وقيل اذا ذهب ثلثه فهو الطلاء واذا ذهب نصفه فهو المنصف وان طبخ أدنى طبخة فهو الباذق والكل حرام اذا غلا واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف السابق فى القذف بالزبد وجه الحرمة انه رقيق مطرب يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد الناشئ من شربه وفى المحيط الطلا اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لماروى أن كبار الصحابة رضى الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء ماذهب ثلثاه وبقى ثلثه على مايجئ عن قريب وانما سمى طلاء لقول عمر رضى الله عنه ما أشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذى يطلى به البعير اذا كان به جرب وذكر فى الهداية مثل ماذكره الشيخ ويسمى الباذق أيضا وقال الاوزاعى انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه

مشروب

مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه كالخمر لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره . ولهذا يجتمع عليه الفساق (و) النوع الثالث (السكر) بفتحتين (وهو النىء من ماء الرطب) واشتقاقه من سكرت الريح اذا سكنت وانما يحرم اذا اشتد وقذف بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن الله علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم ولنا ما روينا من قبل واجماع الصحابة رضى الله عنهم والآية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة (و) النوع الرابع (نقيع الزبيب وهى النىء من ماء الزبيب) لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم وبعد الغد الى مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم رواه مسلم فان بقى شئ أهرقه أو امر به فاهريق وشرط حرمته أن يقذف بالزبد بعد الغليان ويأتى فيه خلاف الاوزاعى كما فى الباذق والوجه ما بينا (والكل) أى الاشربة الثلاثة وهى الطلا والسكر ونقيع الزبيب (حرام اذا غلى واشتد) فاذا لم يغل ولم يشتد لا يحرم (وحرمتها) أى حرمة هذه الاشربة الثلاثة (دون حرمة الخمر) لان حرمة الخمر قطعية وحرمة هذه بالاجتهاد (فلا يكفر مستحلها) لذلك (بخلاف الخمر) فان مستحلها يكفر لما ذكرنا ولا يجب الحد بشرب هذه الثلاثة مالم يسكر منها ونجاستها خفيفة فى رواية وغليظة فى أخرى ويجوز بيعها عند أبى حنيفة ويضمن بالاتلاف القيمة وقالا يحرم بيعها ولا يضمن متلفها وبه قالت الثلاثة (والحلال منها) أى من الاشربة (أربعة) أنواع الاول (نبيذ التمر والزبيب ان طبخ أدنى طبخة) فهو حلال شربه (وان اشتد اذا شرب منه مالم يسكر بلا لهو و) لا (طرب) لما روى عن أبى قتادة ان النبى عليه الصلاة والسلام قال لا تنتبذوا الزهو والرطب جمعا ولا تنتبذوا الرطب والزبيب جمعا ولكن انتبذوا كل واحد منهما على حدته رواه مسلم والبخارى وفى رواية التمر بدل الرطب وهذا نص على ان كل واحد منهما على الانفراد يحل وهذا محمول على المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام باجماع الصحابة رضى الله عنهم وكذا ما روى عن أنس رضى الله عنه ان الخمر حرمت والخمر يومئذ البسر والتمر رواه البخارى ومسلم فالمراد به غير المطبوخ لان حكمه حكم الخمر فلهذا أطلق عليه اسم الخمر وقد ورد فى حرمة المتخذ من التمر أحاديث كلها صحاح فاذا حمل المحرم على النىء والمحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق بين الادلة واندفع التعارض (و) النوع الثانى (الخليطان) من الزبيب والتمر لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كنا ننتبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى سقاء فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم نصب عليه الماء فننتبذه غدوة فيشربه عشية وننتبذه عشية فيشربه غدوة رواه ابن ماجه وروى عن ابن زياد قال سقانى ابن عمر شربة ما كدت أهتدى الى أهلى فغدوت اليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهو محمول على المطبوخ لان المروى عنه حرمة نقيع الزبيب النىء منه (و) النوع الثالث (نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة) فهو حلال سواء (طبخ أو لا) أى او لم يطبخ لان قليله لا يفضى الى الكثير كيفما كان لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وأحمد وآخرون نخص التحريم بهما والمراد بيان الحكم أى حكمهما واحد لأن كل واحد منهما يسمى خمرا حقيقة (و) النوع الرابع (المثلث العنبى) وهو ما طبخ من

ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث لما روى عن أبي موسى رضى الله عنه أنه كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقى الثلث رواه النسائى وله مثله عن أبي الدرداء وقال البخارى راى عمر وأبو عبيدة ومعاذ رضى الله عنهم شرب الطلاء على الثلث وشرب البراء وأبو جحيفة على النصف وقال أبو داود سالت أحمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقى ثلثه فقال لا بأس به قلت انهم يقولون انه يسكر فقال لا يسكر لو كان يسكر لما أحله عمر رضى الله عنه وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد والثلاثة كل ما أسكر كثيره فقليله حرام من أى نوع كان لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم من رواية ابن عمرو عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال ما أسكر كثيره فقليله حرام رواه أحمد وابن ماجه والدارقطنى وصححه والفتوى على قول محمد وهذا الاختلاف فيما اذا قصد به التقوى دون التلهى وان قصد به التلهى فهو حرام بالاجماع فاذا كان مباحا عندهما فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج وابن الرماك وعن محمد يحد اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا طلق امرأته وهو سكران منه كما فى الاشربة المحرمة وعن أبي حنيفة المتخذ من لبن الرماك لا يحل اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه والاصح أنه يحل عنده على ما ذكره صاحب الهداية لان كراهة لحمه لاحترامه فلا تتعدى الى لبنه (وحل الانتباذ) أى اتخاذ النبيذ (فى الدباء) وهى القرعة (والحنتم) بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء المثناة من فوق وهى الجرار الحمر وقيل الخضر كانت تحمل الى المدينة فيها الخمر (والمزفت) وهو الاناء المطلى جوفها بالزفت بكسر الزاى أى القير (والنقير) هو أصل خشبة ينقر جوفها لقوله عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن الاشربة فى ظروف الادم فاشربوا فى كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا رواه مسلم وآخرون (و) حل أيضا (خل الخمر سواء خللت) بالقاء شئ فيها كالملح ونحوه (أو تخللت) بنفسها من غير علاج وقال الشافعى ان خللت لا تحل قولا واحدا وان تخللت بالنقل من الظل الى الشمس أو بالعكس أو بايقاد النار بالقرب منها ففيه قولان لما روى عن أنس رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الخمر يتخذ خلا فقال لا رواه مسلم وآخرون ولنا قوله تعالى أحل لكم الطيبات وقد تغيرت العين والخل طيب بالطبع فيحل وقوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل رواه مسلم وهو مطلق فيتناول جميع صورها والمراد بالنهى ان تستعمل الخمر استعمال الخل بان ينتفع بها انتفاعه كالائتدام وغيره فان قلت روى أحمد وأبو داود عن أنس أن أبا طلحة رضى الله عنه سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا قال أهرقها قال أفلا نجعلها خلا قال لا قلت الروايات فيه مضطربة ففى رواية أنه عليه الصلاة والسلام قال له خللها فلا يكون حجة ولو ثبت على ما قالوا فيحمل على أنه كان فى ابتداء الاسلام حين كان النبى عليه الصلاة والسلام يبالغ فى أمر الخمر زجرا لهم وقلعا عن العادة المألوفة ألا ترى انه أمر بكسر الدنان وان لم يكن مشروعا الآن فكذا هذا على أنها أخبار آحاد وردت على مخالفة الكتاب فلا تقبل (وكره شرب دردى الخمر) وهو ما يبقى فى أسفلها لان فيه اجزاء الخمر فكان حراما نجسا والانتفاع بمثله حرام (و) كذا يكره (الامتشاط به) أى بدردى الخمر لما ذكرنا (ولا يحد شاربه) أى شارب الدردى (بلا سكر) وقال الشافعى يحد شاربه لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر

وفى

وفي الدردي قطرات منها وبه قال مالك وأحمد والاصح ماقلنا انه لا يحد الا بالسكر لان الغالب غير الخمر فيتعلق الحد بالسكر والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الصيد)

(الصيد) مصدر من صاد يصيد صيدا أشار اليه بقوله (هو الاصطياد) ويطلق على المفعول يقال صيد الامير أي مصيوده ويطلق على كل حيوان متوحش ممتنع عن الآدمي بجناحيه أو بقوائمه مأكولا أو غير مأكول (ويحل) الاصطياد (بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة) كالشاهين والباشق والعقاب والصقر وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته فتذكيه وعن أبي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته وذكر بعضهم الذئب بدل الدب وكذا في المحيط وألحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها وأما الخنزير فمستثنى بلا خلاف لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به (ولا بد من التعليم) لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح (وذا) أي التعليم يكون (بترك الاكل ثلاثا) أي ثلاث مرات (في الكلب) عند أبي يوسف ومحمد لانه ترك العادة والثلاث مدة ضربت لذلك كمدة الخيار ونحوها وهي رواية عن أبي حنيفة وعنه أنه مفوض الى رأي المعلم لانه يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال فيفوض اليه وعند الشافعي تعليم الكلب بالعرف وعند مالك بالانزجار (و) التعليم (بالرجوع) أي برجوع الجارح من الطيور (اذا دعوته) لان أهل الصنعة يعدون ذلك تعليما وقوله (في البازي) بيان لقوله وبالرجوع لانا نقول ان الالف واللام فيه بدل من المضاف اليه وهو الجارح فيكون قوله في البازي بيانا للجارح ولا يعاد الضمير الى البازي لان المعنى يكون اذا دعوت البازي في البازي وهذا سمج بل التقدير ماذكرناه (ومن التسمية) عطف على قوله من التعليم أي ولا بد من التسمية (عند الارسال) أي ارسال الجارح أو السهم لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه واذا نسي التسمية عند الارسال فلا بأس به وقد بيناه (و) لا بد (من الجرح في أي موضع كان) لان المقصود اخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة وهذا ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يشترط وهو قول الشعبي وقول للشافعي لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم مطلقا من غير قيد للجرح فمن شرطه فقد زاد على النص قلنا اذا لم يجرحه صار موقوذة وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق فيحمل على المقيد في اتحاد الواقعة (فان أكل منه) أي من الصيد (البازي أكل) لان تعليمه ليس بترك أكله وهذا بالاجماع الا عند الشافعي في الجديد لا يؤكل (وان أكل الكلب أو الفهد لا) يؤكل مطلقا عندنا يعني سواء كان نادرا أو معتادا وللشافعي قولان فيما اذا أكل نادرا ففي قول يحرم وفي قول يحل وبه قال مالك ولو اعتاد الاكل حرم ماظهرت عادته فيه وهل يحرم ما أكل منه قبل الذي ظهرت عليه عادته فيه وجهان والاصح ماقلنا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك الا أن يأكل الكلب فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه رواه البخاري ومسلم ولو صاد الكلب صيودا ولم يأكل منها شيئا ثم أكل من صيد بعد ذلك لا يؤكل الذي أكل منه وأما الصيود التي

أخذها من قبل لا تظهر الحرمة فيه وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في البيت يحرم عند أبي حنيفة خلافا لهما وقيل انما تحرم تلك الصيود عند أبي حنيفة ان كان العهد قريبا اما اذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهر أو أكثر وصاحبه قد قدد تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود في قولهم جميعا وقال السرخسي الاصح أن الخلاف في الفصلين ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع الى صاحبه فأرسله فصاد لا يؤكل صيده فصار كالكلب اذا أكل منه ولو شرب الكلب من دمه ولم يأكل من لحمه شيأ أكل ولو ألقى اليه الصائد قطعة منه فأكلها يؤكل ما بقي لان هذه عادة الصيادين وكذا اذا خطف الكلب منه وأكله لانه لم يأكل من الصيد اذ لم يبق صيدا في هذه الحالة ولو نهشه فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدركه فقتله ولم يأكل منه لا يؤكل لانه كلب جاهل ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد (وان أدركه) أي وان أدرك الصائد الصيد حال كونه (حيا ذكاه) أي ذبحه لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف والبازي والسهم كالكلب (وان لم يذكه حتى مات) الصيد (أو خنقه الكلب أو لم يجرحه أو شاركه) أي الكلب المعلم (كلب غير معلم أو) شاركه (كلب مجوسي أو) شاركه (كلب لم يذكر اسم الله عليه) حال كونه (عمدا حرم) الصيد في الوجوه كلها أما الاول فلان ذكاته كانت اختيارية وأما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون في المذبوح بأن بقر بطنه ونحو ذلك ولم يبق الا مضطربا اضطراب المذبوح فحلال بالاجماع قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يحل الا اذا ذكاه وان كان فيه حياة فوق ما يكون في المذبوح فكذلك في رواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل ولا يؤكل في ظاهر الرواية لانه قادر حكما وفصل الشافعي تفصيلا آخر غير ما ذكرنا فقال ان لم يتمكن من الذبح لفقد الآلة لم يؤكل لان التقصير من جهته وان كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير وأما الثاني فلعدم الجرح والكسر كالخنق وأما البقية فلانه اجتمع المبيح والمحرم فغلبنا جهة الحرمة احتياطا (وان أرسل مسلم كلبه فزجره) أي أغراه (مجوسي) (فانزجر) الكلب (حل) ما صاده لان الزجر غير الارسال لكونه بناء عليه فلا ينفسخ به الارسال (ولو أرسله) أي الكلب (مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم) ما صاده لما ذكرنا (وان لم يرسله) أي الكلب (احد فزجره مسلم حل) استحسانا لانه يجعل ارسالا عند عدم الارسال لان انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره ولو أرسل كلبه المعلم على صيد معين فأخذ غيره وهو على سننه حل خلافا لمالك ولو أرسل من غير تعيين يحل ما أصابه خلافا لمالك ولو أرسله على صيود بتسمية واحدة حالة الارسال فقتل الكل حل الجميع بخلاف ما اذا كان على التعاقب (وان رمى) الى صيد (وسمى وجرح اكل) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضي الله عنه اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى عليه فان وجدته قد قتل فكل الا أن تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله أو سهمك رواه البخاري ومسلم ولا فرق في ذلك بين أن يصيب المرمي بنفسه أو غيره من الصيد كما في ارسال الكلب واليه الاشارة من اطلاق الشيخ حيث لم يعين المرمي ولا المصاب حتى يدخل تحته ما اذا سمع حسا فظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا غير ما سمع حسه

يحل أكله سواء كان المسموع فى الاول مأكولا أوغيرمأكول وعن أبى يوسف انه ان كان الحس حس سبع سوى الخنزير يؤكل المصاب وان كان حس خنزير لا يؤكل وقال زفر ان كان حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لا يؤكل المصاب وان تبين أن المسموع حسه آدمى أو حيوان أهلى أوظبى مستأنس أوموثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا فلا يقوم مقام الذكاة ولو رمى الى طائر فأصاب غيره من الصيود وفر الطائر ولا يدرى أهو وحشى أم لا حل المصاب لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى الى بعير فأصاب صيدا ولا يدرى أهو ناد أم لا حيث لا يحل المصاب ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فتبين أنه صيد حل (وان أدركه) أى الصيد حال كونه (حيا ذكاه) لما ذكرنا أن القدرة على الاصل تبطل الخلف (وان لم يذكه) حتى مات الصيد (حرم) لما ذكرنا (وان وقع سهم بصيد فتحامل) أى تجلد على السهم حتى غدا (وغاب) عنه (و) الحال أنه (هو) لم يزل (فى طلبه حل) لقوله عليه الصلاة والسلام لابى ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكل مالم ينتن رواه مسلم وآخرون (وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لا) يحل لانه ربما يكون موته بسبب آخر فلا يحل وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر قلت الحديث ينافى هذا فافهم (وان رمى صيدا فوقع فى ماء أو) وقع (على سطح أو) وقع على (جبل ثم تردى) أى سقط (منه) أى من السطح أو الجبل (الى الارض حرم) لقوله تعالى والمتردية ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدى اذا وقع فى الماء فلا تأكل رواه البخارى ومسلم (وان وقع) الصيد (على الارض ابتداء حل) لانه لا يمكنه الاحتراز عنه فسقط اعتباره كى لا ينسد بابه ولو وقع على سطح أو جبل أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يترد حل لان وقوعه على هذه الاشياء كوقوعه على الارض ابتداء بخلاف ما اذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردى منه الى الارض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة حيث يحرم وفى المنتقى لو رمى صيدا فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال موته بسبب آخر (وما قتله المعراض) وهو سهم طويل له أربع قذذ دقاق اذا رمى به اعترض والقذذ جمع قذة وهى ريش السهم أى الصيد الذى قتله المعراض (بعرضه أو) الذى قتلته (البندقة حرم) لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا رميت بالمعراض فخرق فكله وان أصابه بعرضه فلا تأكله رواه البخارى ومسلم والبندقة لا تجرح وان رماه بالسيف أو السكين فان أصابه بحده أكل والا لا وان رماه بحجر فان كان ثقيلا لا يؤكل وان جرح وان كان خفيفا وبه حدة وجرح يحل ولو رماه بمروة حديدة فلم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لا يحل الا اذا كان له حد فبضع بضعا (وان رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل) الصيد (لا) يؤكل (العضو) وقال الشافعى أكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار وبه قال مالك وأحمد فى رواية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من بهيمة وهى حية فما قطع منها فهو ميتة رواه ابن ماجه (وان قطعه أثلاثا و) الحال ان (الاكثر مما يلى العجز) وهو النصف المؤخر (اكل كله) لان المبان منه حى صورة

لاحكما اذلا يتوهم سلامته وبقاؤه حيا بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة فى الحال فحل أكله كما اذا أبين رأسه فى الذكاة الاختيارية وكذا اذا قدّ نصفين بخلاف ما اذا قطع يدا أو فخذا أو رجلا أو ثلثه مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان ويحل المبان منه لانه لا يتوهم بقاء الحياة فى الباقى وان ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره لما فيه من زيادة الالم بابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان ماتت قبل قطع الاوداج لا تحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حلت (وحرم صيد المجوسى والوثنى والمرتد) لانهم ليسوا من أهل الذكاة الاختيارية فكذا فى الاضطرارية وكذا صيد المحرم فى حق الاكل (وان رمى صيدا فلم يثخنه) يعنى لم يخرجه من حيز الامتناع (فرماه) رام (آخر فقتله فهو) أى الصيد (للثانى) لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه (وحل) لان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح أى موضع كان وقد وجد (وان أثخنه) الاول بأن أخرجه عن حيز الامتناع (فللاول) أى فالصيد للاول (وحرم) أكله لانه لما أثخنه كان قادرا على الذكاة الاختيارية فوجبت عليه ذكاته ولم يذكه فصار الثانى قاتلا له فيحرم (وضمن الثانى للاول قيمته) أى قيمة الصيد جميعا (غير ما نقصته جراحته) لانه أتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزمه قيمة ما أتلف وقيمته وقت اتلافه كانت ناقصة بجراحة الاول فيلزمه ذلك بيانه أن الرامى الاول اذا رمى صيدا يساوى عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين ثم مات يضمن الثانى ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول هذا اذا علم حصول القتل بالثانى بأن كان رمى الاول بحال يسلم منه ورمى الثانى بحال لا يسلم منه وان كان علم حصوله بهما أو شك فى أن القتل حصل برمى الاول أو برمى الثانى ضمن الثانى للاول ما نقصته جراحته وضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين وضمن نصف قيمة لحمه أما الضمان الاول وهو ضمان ما نقصته جراحته فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمنه وأما الضمان الثانى وهو ضمان نصف قيمته مجروحا بجراحتين لان الجراحة الاولى ما كانت بصنع الثانى فلا يضمنها والجراحة الثانية ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولا فلا يضمنها ثانيا وأما الضمان الثالث وهو ضمان نصف قيمة اللحم فلان برمى الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه توضيح طريق الضمان ان الرامى الاول اذا رمى صيدا يساوى عشرة مثلا فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين يضمن الثانى للاول ما نقصته جراحته وهو درهمان وبقى من قيمته ستة دراهم فيضمن الثانى أيضا نصفها وهو ثلاثة دراهم وهى نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم اذا مات يضمن النصف الآخر وهو ثلاثة أيضا لانه فوت عليه اللحم ولا يضمن النصف الآخر من اللحم بعد الموت وان كان تفويت اللحم فيه موجودا بقتله لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت كان يتكرر الضمان بأن يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت وهذا لا يجوز (وحل اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل) لحمه بسبب جلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع لاطلاق قوله تعالى فاصطادوا والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الرهن)

وهو

وهو فى اللغة مطلق الحبس قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة ويطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر يقال رهنت الرجل شيأ ورهنت عنده وأرهنته لغة فيه والجمع رهان ورهون ورهن وفى الشرع (هو) أى الرهن (حبس شئ بحق) أى بسبب حق (يمكن استيفاؤه) أى استيفاء الحق (منه) أى من ذلك الشئ الذى هو رهن واحترز به عن الحدود والقصاص وقوله (كالدين) توضيح لقوله بحق يمكن استيفاؤه منه لان الدين هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعيينه فعلى هذا لا يجوز الرهن الا بالدين لان العين لا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يجوز بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلى فيها المثل أو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور وهو دين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته ويمنع وجوب الزكاة على من هو فى يده فى ماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الاحكام وعند البعض وان كان الموجب الاصلى رد العين ورد القيمة مخلصا ولا يجب الضمان الا بعد الهلاك لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما فى الكفالة بخلاف الاعيان غير المضمونة كالامانات أو المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع حيث لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها (وينعقد) أى الرهن (بايجاب وقبول) لانه عقد فأشبه سائر العقود ووقع فى بعض النسخ ولزم بايجاب وقبول واعتمد الشارح عليه ثم قال وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما ولو اعتمد على النسخة الصحيحة لما نسبه الى السهو ولا يعترض على المصنفين بما يقع من النساخ الجهلة وهل عليهم ضرر غيرهم (ويتم) أى الرهن (بقبضه) فيلزم به وقال مالك يلزم بنفس العقد كالبيع والاجارة ولنا قوله تعالى فرهن مقبوضة علقه بالقبض فلا يتم الا به حال كونه (محوزا) أى مجموعا احترز به عن رهن التمر على رؤس النخل والزرع فى الارض وحال كونه (مفرغا) واحترز به عن رهن النخل بدون التمر والارض بدون الزرع وحال كونه (مميزا) واحترز به عن الشيوع وهذه الاحوال اما متداخلة أو مترادفة (والتخلية) هى ان يخلى بين الرهن والمرتهن وفى البيع بين المبيع والمشترى (فيه) أى فى الرهن (وفى البيع قبض) لان هذا هو غاية ما يقدر عليه وعن أبى يوسف انه لا يصح فى المنقول الا بالنقل وبه قال أحمد قال الشارح والصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم قلت اذا كانت التخلية تسليما فمن ضرورته الحكم بالقبض سواء وجد القبض حقيقة أولا فالشيخ رحمه الله ذكر الغاية التى يبنى عليها الحكم لانه هو المقصود (وله) أى للراهن (أن يرجع عن الرهن مالم يقبضه) المرتهن لما ذكرنا انه تبرع ولا لزوم على المتبرع مالم يسلم كالهبة والصدقة وفيه خلاف مالك وقد ذكرناه (وهو) أى الرهن (مضمون بأقل من قيمته) اى قيمة الرهن (ومن الدين) ثم بين تفريع هذا الكلام بالفاء بقوله (فلو هلك) الرهن (و) الحال ان (قيمته) أى قيمة الرهن (مثل دينه) أى دين المرتهن (صار) المرتهن (مستوفيا دينه) حكما (وان كانت) قيمة الرهن (أكثر من دينه فالفضل أمانة) فى يد المرتهن يضمنه ان كان متعديا وان كان الهلاك من غير تعد فلا ضمان عليه (وان كانت) قيمته (اقل) من الدين (صار) المرتهن (مستوفيا بقدره) أى بقدر

الرهن (ورجع المرتهن) على الراهن (بالفضل) أى بالدين الذى فضل عن الرهن الهالك مثلا اذا كان الدين مائة درهم والرهن أيضا يساوى مائة درهم فهلك من غير تعد صار المرتهن مستوفيا دينه حكما ولا يبقى له مطالبة بالرهن وان كان الرهن يساوى مائة وخمسين درهما مثلا فالخمسون أمانة فى يده فلا يضمنها الا بالتعدى وان كان الرهن يساوى تسعين يصير المرتهن مستوفيا من دينه تسعين درهما ويرجع على الراهن بعشرة دراهم وعند زفر الرهن كله مضمون بالقيمة حتى اذا كانت قيمته أكثر من الدين يجب على المرتهن ضمان الفضل وعند الشافعى الرهن كله امانة فى يد المرتهن لا يسقط من الدين شئ بهلاكه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه رواه الدارقطنى قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه أى للراهن الزوائد وعليه غرمه أى لو هلك كان الهلاك على الراهن وبه قال أحمد وقال مالك ان هلك بأمر ظاهر فهو فى ضمان الراهن وان هلك بأمر خفى فهو فى ضمان المرتهن ولنا ماورى ان رجلا رهن فرسا فنفق فاختصما الى النبى عليه الصلاة والسلام فقال ذهب حقك وفى رواية الرهن بما فيه رواه الدارقطنى وقد حكم النبى صلى الله عليه وسلم ببطلان الدين وعن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم انهم قالوا الرهن مضمون فهم وان اختلفوا فى كيفية الضمان فقد اتفقوا على أنه مضمون واختلفوا فى الزيادة وهو مذهب شريح والشعبى وابن سيرين والحسن وطاوس وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وخارجة بن زيد والقاسم بن محمد وعبد الرحمن بن أبى بكر رضى الله عنهم وما رواه الشافعى فى اسناده زياد بن سعد ضعيف ولما رواه الدارقطنى قال على أثره زياد حافظ ثقة وذلك امارة طعن تقدم فيه وقيل ان قوله له غنمه وعليه غرمه من كلام الراوى قلت الاحتجاج باجماع الصحابة أولى وأسلم لان الحديث الذى احتج به أصحابنا له طرق فيها اسمعيل بن أبى أمية وسعيد بن راشد وهشام بن زياد وعبد الكريم وغلام خليل واسمه أحمد بن محمد بن غالب اتفق الحفاظ على تكذيب هؤلاء كابن معين والنسائى وابن حبان وأبى حاتم وابن عدى والدارقطنى والحاصل ان حكم الرهن عندنا صيرورته محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعند الشافعى تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع وجعله أولى به وتقديمه على سائر الغرماء فيخرج على الاصلين عدة مسائل كلها مختلف فيها منها أن الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع به عندنا لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافى موجبه وهو تعينه للبيع ومنها ان حكم الرهن يسرى الى الولد عندنا فيحبس مع الاصل وعنده لا يسرى لان الولد الحادث بعد الاستيفاء فى الاستيفاء الحقيقى يكون للمستوفى فكذا فى الاستيفاء الحكمى ومنها ان رهن المشاع لا يجوز عندنا لان حكم الرهن هو الحبس والحبس الدائم لا يتصور فيه وعنده يجوز لامكان بيعه (وله) أى للمرتهن (أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) أى بسبب دينه وان كان الرهن فى يده لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة وكذا لا يمتنع به الحبس لانه جزاء الظلم وهو المماطلة (ويؤمر المرتهن باحضار رهنه) اذا طلب المرتهن دينه ليعلم انه باق (و) يؤمر (الراهن باداء دينه أولا) اذا احضر المرتهن الرهن كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشترى الثمن أولا وان طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع العقد فيه فان كان الرهن

ما الاجل له ولامؤنة فكذلك الجواب والا يستوفى دينه ولا يكلف احضار الرهن (وان كان الرهن فى يد المرتهن لايمكنه) أى الراهن (من البيع) أى من بيع الرهن (حتى يقضيه الدين) لان حكم الرهن الحبس الى أن يقضى الدين فلو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع (فاذا قضى) الراهن جميع الدين (سلم) المرتهن (الرهن) لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن اليه فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه الى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك أنه صار مستوفيا من وقت القبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده (ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما) أى من حيث الاستخدام فى الرقيق (ولبسا) أى ومن حيث اللبس فى الثياب (واجارة) أى ومن حيث الاجارة فى العقار (واعارة) أى ومن حيث الاعارة لان مقتضاه الحبس دون الانتفاع فلا يجوز الا بالتسليط فان فعل كان متعديا (ويحفظه) أى ويحفظ المرتهن الرهن (بنفسه وزوجته وولده الذى فى عياله (وخادمه الذى فى عياله) كما فى الوديعة وأجيره الخاص وهو الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة كولده الذى فى عياله والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى ان المرأة لو دفعته الى زوجها لا تضمن (وضمن) المرتهن (بحفظه) أى بحفظ الرهن (بغيرهم) أى بغير المذكورين للتعدى (و) كذا يضمن (بايداعه) أى بايداع الرهن عند أحد فيضمن جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن المودع الثانى فهو على الخلاف الذى مضى فى مودع المودع (و) كذا يضمن عند (تعديه) أى تعدى المرتهن على الرهن وقوله (قيمته) منصوب لانه مفعول لقوله وضمن أى وضمن جميع قيمته لما ذكرنا ثم ان القاضى ان قضى بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء اذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان موجلا يضمن المرتهن قيمته ويكون رهنا عنده فاذا حل الاجل أخذه بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهنا عنده الى أن يقضيه دينه لانه بدل الرهن فأخذ حكمه (واجرة بيت حفظه) أى حفظ الرهن (و) اجرة (حافظه) تجب (على المرتهن وأجرة راعيه) أى راعى الرهن بان كان حيوانا (ونفقة الرهن والخراج) بالرفع عطف على المضاف أى خراج الارض يجب (على الراهن) والاصل فيه ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعى مثله لانه علف البهائم وكسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكرى النهر وسقى البستان وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه لرده الى يد الراهن أو لرد جزء منه كمداواة الجرح فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ وأجرة البيت الذى يحفظه فيه وعن أبى يوسف ان أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة ومن هذا القسم جعل الآبق وأما العشر فهو مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن به فى الباقى لان وجوبه لا ينافى ملكه بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن حيث يبطل الرهن فى الباقى لانه تبين بالاستحقاق انه لا يملك قدر المستحق فكان الرهن شائعا من الابتداء وتبين ان الرهن كان باطلا والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز) من ذلك

(لايجوز رهن المشاع) وقال الشافعي يجوز لان الشائع قابل للبيع واستيفاء الثمن منه وبه قال مالك وأحمد ولنا أن ملك الحبس يقتضي تصوره وتصور حبس المشاع لايتحقق فلا يجوز ولو طرا الشيوع عليه يحكم أبو يوسف ببقائه وقالا يفسد وهذا كما اذا سلط الراهن رجلا على بيع المرهون وأذن له فيه عند المحل جمعا وتفريقا فباع بعضه عند المحل فعنده الرهن صحيح ولا يفسد بطرو الشيوع (و) لارهن (الثمرة على النخل دونها) أى دون النخل (و) لارهن (زرع فى الارض دونها) أى دون الارض (و) لارهن (نخل فى أرض دونها) أى دون الارض وقد مر فيما مضى وعن أبى حنيفة ان رهن الارض دون الشجر جائز (و) لارهن (الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان الاستيفاء من هؤلاء يتعذر لاستحقاقهم الحرية (ولا) يجوز الرهن أيضا (بالامانات) كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة لانها ليست بمضمونة (و) لا (بالدرك) صورته باع شيأ وسلمه الى المشترى فخاف المشترى من الاستحقاق فأخذ بالثمن رهنا فهذا الرهن باطل والكفالة به جائزة والفرق انه شرع للاستيفاء ولا استيفاء الا فى الواجب فلا يحتمل الاضافة والتعليق وأما الكفالة فتشبه ابتداء الالتزام بغير عوض وذلك يحتملهما كالتزام الصوم والصلاة (وانما يصح) الرهن (بدين) لانه استيفاء فيتحقق فيه الواجب (ولو) كان الدين (موعودا) وهو أن يقول أرهنتك هذا بألف لتقرضنى ألفا مثلا وقبض الرهن فهلك فى يده قبل أن يقرضه ألفا فانه يهلك مضمونا على المرتهن حتى يجب عليه تسليم الالف الى الراهن لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة وعند الثلاثة هذا لايصح وان لم يسم قدره بأن رهنه على أن يعطيه شيأ فهلك فى يده يعطى المرتهن الراهن ماشاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيأ فيكون بيانه اليه بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى المعلى عن أبى يوسف أنه يجب قيمة الرهن فى الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء (و) يصح أيضا (برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لايجوز بناء على أن ذلك استبدال فانه اذا هلك فى مجلس العقد صار المرتهن مستوفيا واستيفاء غير رأس المال فيهما لايصح ولنا أن المجانسة ثابتة من حيث المالية والمضمون من الرهن ماليته لاعينه فيتحقق الاستيفاء من حيث المال فصار كسائر الديون ثم أشار الى مظهر فائدة جواز الرهن بالاشياء المذكورة بالفاء بقوله (فان هلك) الرهن فى مجلس العقد تم الصرف والسلم و (صار) المرتهن (مستوفيا) حكما لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وعند الثلاثة لا وان افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما وان كان الرهن بالمسلم فيه لايبطل بالافتراق لان قبضه لايجب فى المجلس ثم ان هلك بعد الافتراق صار مستوفيا للمسلم فيه فتم السلم كما اذا كان رهنا برأس المال أو ببدل الصرف فهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه حكما فيتم الصرف والسلم (وللاب أن يرهن بدين عليه عبدا) وانتصاب عبدا على انه مفعول يرهن أى عبدا كائنا (لطفله) أى لولده الصغير لانه يملك ايداعه وهذا انظر منه فى حق الصبى لانه اذا هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة والوصى فى هذا كالاب وعن أبى يوسف وزفر انهما لايملكان ذلك لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكانه

كالايفاء

كالايفاء حقيقة ثم اذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه عنده لاكه حكما ويصير الاب والوصى موفيا له به ويضمنان ذلك القدر للصغير وذكر التمرتاشى رحمه الله ان قيمة الرهن اذا كانت أكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة لان للاب أن ينتفع بمال الصبى بخلاف الوصى وذكر فى الذخيرة التسوية بينهما فى الحكم وقالا لا يضمنان الفضل لانه أمانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه توكيل على بيعه وهما يملكانه ثم اذا أخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله لانهما أوفيا دينهما بماله ولو رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الاب فليس له أن يسترده حتى يقضى الدين لان تصرف الاب عليه نافذ لازم (وصح رهن الحجرين) أى الذهب والفضة (والمكيل والموزون فان رهنت) هذه الاشياء (بجنسها) فهلكت (هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة بالجودة) لانها ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس وهذا عند أبى حنيفة فان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف الجنس فتكون رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان (ومن باع عبدا على أن يرهن المشترى بالثمن شيأ بعينه فامتنع) المشترى (لم يجبر) عليه وقال زفر يجبر على تسليمه لاجل الشرط ولنا أن عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع (وللبائع فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه ففواته يوجب الخيار (الا أن يدفع المشترى الثمن حالا) لحصول المقصود (أو) يدفع (قيمة الرهن) المشروط (رهنا) لان المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته (وان قال) المشترى (للبائع امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن) وقال زفر لا يكون رهنا لان الصيغة صيغة الايداع وبه قالت الثلاثة وهو رواية عن أبى يوسف ولنا أن معنى ما وجد منه معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء فيجعل رهنا اعتبارا للمعنى (ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ) الراهن (أحدهما بقضاء حصته) بان دفع الى المرتهن خمسمائة فانه لا يأخذ أحد العبدين بل المجموع محبوس بكل الدين (كالمبيع) فى يد البائع فان سمى لكل واحد منهما شيأ من الدين الذى رهنه به فكذلك الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له أن يقبض احدهما اذا أدى ما سمى له (ولو رهن عينا عند رجلين صح) الرهن سواء كانا شريكين فى الدين أو لم يكونا شريكين فيه ويكون جميع العين رهنا عند كل واحد منهما اذ لا تضايق فى استحقاق الحبس فلا شيوع بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبى حنيفة لان العين تنقسم عليهما فيثبت الشيوع ضرورة فاذا تهايآ فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر هذا اذا كان مما لا يتجزأ فظاهر وان كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبى حنيفة خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع عند رجلين شيئا قبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر فان الدافع يضمن عنده خلافا لهما (والمضمون على كل) واحد منهما (حصة دينه) لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس أحدهما أولى من الآخر فيقسم عليهما لان الاستيفاء مما يقبل التجزى (فان قضى) الراهن (دين أحدهما فالكل) أى فجميع الرهن (رهن عند الآخر) لان كله محبوس بكل جزء من أجزاء الدين فلا يكون له استرداد شئ منه ما دام شئ من الدين باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا (وبطل بينة كل منهما) أى كل واحد

من الرجلين (على رجل انه) أى ان كل واحد (رهنه) أى رهن العبد مثلا (عنده) أى عند الرجل (و) انه (قبضه) أى العبد لان كل واحد منهما أثبت ببينة انه رهنه كل العبد فلا يتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك فى حالة واحدة فيمتنع القضاء به وكذا يمتنع القضاء به لاحدهما لعدم الاولوية ولا وجه الى القضاء بالنصف لانه يؤدى الى الشيوع فيتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن أن يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بالبينتين بخلاف ما اقتضته الحجة لان كل منهما أثبت بحجته حبسا يكون وسيلة الى أن يملك كل العبد بالاستيفاء وبالقضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة (ولو مات راهنه) أى راهن العبد مثلا (و) الحال ان (العبد فى ايديهما) أى فى أيدى المرتهنين وهذا ليس بقيد وانما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن العبد فى أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك (فبرهن كل واحد منهما (على ما وصفنا) بان أقام كل منهما بينة انه ارتهن هذا العبد منه (كان فى يد كل واحد منهما نصفه) أى نصف العبد مثلا حال كونه (رهنا بحقه) عندهما فاذا كان لكل واحد منهما نصفه يباع فى دينه لان المقصود من الرهن بعد الموت كون المرتهن أحق به من الغرماء قال أبو يوسف لا يقبل البينتان والعين بين الغرماء بالحصص لانه لا يمكن القضاء برهن الكل للكل للتعارض والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (الرهن يوضع على يد عدل)*

(وضعا) أى الراهن والمرتهن (الرهن على يد عدل صح) وضعهما عندنا وقال زفر لا يصح لان العدل يملكه عند الضمان بعد الاستحقاق فينعدم القبض وبه قال ابن أبى ليلى قلنا يده يد المرتهن فيصح والمضمون هو المالية فينزل منزلة شخصين (ولا يأخذه) أى الرهن (احدهما) أى الراهن أو المرتهن (منه) أى من العدل لانه تعلق به حقهما فلا يملك أحدهما ابطال حق الآخر (ويهلك) الرهن (فى ضمان المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن ولو دفعه العدل الى أحدهما ضمن لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وكل منهما أجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى فاذا ضمن العدل قيمته لا تجعل رهنا فى يده برأيه ولكن يأخذانها منه ويجعلانها رهنا عنده او عند غيره يرفع أحدهما الامر الى القاضى ليفعل ذلك ثم اذا قضى الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل يأخذها ممن هى عنده ان كانت عند غيره وان كان ضمن بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة من العدل ان كانت عنده أو من غيره ان لم تكن عنده ثم هل للعدل أن يرجع على المرتهن بذلك ينظر ان كان دفعه اليه على وجه العارية أو على وجه الوديعة وهلك فى يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه المرتهن يرجع عليه (فان وكل الراهن (المرتهن او) وكل (العدل او) وكل (غيرهما) أى غير المرتهن والعدل (ببيعه) أى ببيع الرهن (عند حلول الدين صح) أى التوكيل لان الرهن ملكه فله أن يولى من شاء من هؤلاء ببيع ماله معلقا ومنجزا (فان شرطت) الوكالة (فى عقد الرهن لم ينعزل) الوكيل (بعزله) أى بعزل

الراهن الموكل (و) لا ينعزل أيضا (بموت الراهن و) لا بموت (المرتهن) لانها لزيادة التوثيق فتلزم بلزوم العقد وعند الشافعي وأحمد ينعزل بموتهما وهذه الوكالة تخالف الوكالة المفردة من وجوه أحدها ماذكرناه والثاني أن الوكيل هنا يجبر على البيع عند الامتناع بخلاف الوكالة المفردة الثالث ان هذا يبيع الولد والارش بخلاف المفردة الرابع انه اذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه الى جنس الدين بخلاف المفردة الخامس ان الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطا فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل أن يبيعه بخلاف المفردة (وللوكيل بيعه) أى بيع الرهن (بغيبة ورثة الراهن) كما كان له ذلك حال حياته بغير حضرته (وتبطل) الوكالة (بموت الوكيل) حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها الارث وعن أبي يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه للزوم الوكالة كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصى المضارب بيعها ولو أوصى الى رجل ببيعه لم يجز الا اذا كان مشروطا له فى الوكالة (ولا يبيعه) أى الرهن (المرتهن أو الراهن الا برضا الآخر) لتعلق حق كل منهما بالرهن كما ذكرناه (فان حل الاجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه) لان حق المرتهن تعلق بالبيع وفى الامتناع ابطال حقه فيجبر عليه (كالوكيل) أى كما يجبر الوكيل (بالخصومة اذا غاب موكله) وامتنع عن الخصومة (أجبر عليها) أى على الخصومة والجامع بينهما ابطال الحق فى الامتناع بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يبطل الحق أما المدعى فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضى أياما ليبيع فان لج بعد الحبس أياما فالقاضى يبيعه عليه ثم اذا باع بالجبر لا يفسد بهذا الاجبار لانه وقع على قضاء الدين بأى طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وانما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق وبمثله لا يكون مكرها ولو لم يكن التوكيل مشروطا فى العقد وانما شرطاها بعده قيل لا يجبر وقيل يجبر كى لا يتوى حقه وهذا هو الصحيح (وان باعه) أى الرهن (العدل وأوفى مرتهنه ثمنه) أى ثمن الرهن (فاستحق الرهن وضمن) العدل (فالعدل) مخير ان شاء (يضمن الراهن قيمته) أى قيمة الرهن (أو) ان شاء يضمن (المرتهن ثمنه) وتوضيح هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما ففى الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب فى حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء وان ضمن العدل فكذلك ثم هو بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين ان الثمن أخذه بغير حق لانه انما أداه اليه على حسبان ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ليس ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع عليه به وفى الثانى وهو ما اذا كان قائما فى يد المشترى فللمستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن لان حقوق العقد ترجع اليه ثم هو ان شاء يرجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فاذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن عن الدين وان شاء رجع على المرتهن لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده فاذا رفعه الى العدل عاد حقه فى الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه (وان مات الرهن عند المرتهن) بان كان عبدا فهلك (فاستحق) فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن

وان شاء ضمن المرتهن لان كلا منهما متعد فى حقه فاذا كان كذلك (وضمن الراهن قيمته) أى قيمة العبد المستحق الهالك (مات) العبد (بالدين) يعنى يصير المرتهن مستوفيا الدين بهلاك الرهن عنده لان الراهن ملكه باداء الضمان مستندا الى ما قبل التسليم فتبين انه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه (وان ضمن المرتهن رجع) المرتهن (على الراهن بالقيمة) أى بما ضمن من قيمة العبد (و) رجع (بدينه) أيضا على الراهن اما القيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما الدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان والله أعلم

*هذا (باب) فى بيان أحكام (التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته) أى جناية الرهن (على غيره)

(ويوقف بيع الراهن) الرهن (على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه) فان أجازه المرتهن نفذ وينتقل حقه الى البدل والا ينفسخ البيع فى ظاهر الرواية على ما يجىء وعند الثلاثة يبطل البيع وعن أبى يوسف أنه ينفذ لانه تصرف فى ملكه فصار كالاعتاق والصحيح ظاهر الرواية لانه تعلق به حق المرتهن فلا ينفذ الا باجازته أو بقضاء الدين لزوال المانع ثم الشيخ رحمه الله سكت عن حكم الفسخ اذا لم يجزه المرتهن اشارة الى انه لا ينفسخ بفسخه وقيل له أن يجيز وله أن يفسخ والصحيح انه لا ينفسخ بفسخه لان الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه فى الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقى موقوفا ثم المشترى بالخيار ان شاء صبر حتى يفك الراهن الرهن وان شاء رفع الامر الى القاضى فيفسخه لان ولاية الفسخ للقاضى لا للمشترى والبائع وهو الراهن (ونفذ عتقه) أى عتق الراهن العبد المرهون وعن الشافعى ثلاثة أقوال أحدها ينفذ مطلقا والثانى لا ينفذ مطلقا والثالث وهو الاظهر ان كان موسرا ينفذ والا فلا لان فى تنفيذه مع الاعسار ابطال حق المرتهن بخلاف اليسار وبهذا قال مالك وأحمد وعندنا ينفذ مطلقا لانه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يتوقف على اذن غيره (وطولب) الراهن (بدينه) أى بدين المرتهن (لو) كان (حالا) معناه اذا كان موسرا (ولو) كان (مؤجلا أخذ منه) أى من الراهن (قيمة العبد وجعلت) القيمة (رهنا مكانه) أى مكان العبد هذا أيضا اذا كان موسرا لان سبب الضمان قد تحقق منه (ولو) كان الراهن (معسرا سعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين) لان حق المرتهن كان متعلقا به وسلمت له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بهذا العتق كما فى عتق أحد الشريكين العبد المشترك وكيفية ذلك ان ينظر الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعى فى الاقل منهما (ورجع) العبد (به) أى بما سعى (على سيده) اذا أيسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعا فيرجع عليه بما تحمل عنه (واتلاف الراهن) الرهن (كاعتاقه) حتى يجب عليه ضمان قيمته لانه مضمون عليه بالاتلاف ثم الضمان يكون رهنا فى يد المرتهن لقيامه مقام العين (وان أتلفه) أى الرهن (أجنبى فالمرتهن يضمنه) أى الاجنبى (قيمته) أى قيمة الرهن (فتكون) القيمة (رهنا عنده) أى عند المرتهن لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان

ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر فى ضمان الرهن يوم قبضه لانه به دخل فى ضمانه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه أتلف مال الغير وكانت رهنا فى يده حتى يحل الاجل ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه أكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت يوم القبض ألفا وجبت بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة (وخرج) الرهن (من ضمانه) أى من ضمان المرتهن (باعارته) أى باعارة المرتهن للرهن (من راهنه) لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان (فلو هلك) الرهن المعار (فى يد الراهن يهلك) هلاكا (مجانا) يعنى من غير شئ لارتفاع القبض الموجب للضمان (وبرجوعه) أى وبرجوع المرتهن الرهن من الراهن الى يده (عاد الضمان) حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان (ولو أعاره) أى الرهن (أحدهما) أى الراهن أو المرتهن (اجنبيا باذن الآخر سقط الضمان) لما ذكرنا (ولكل) واحد منهما (ان يرده) على حاله (رهنا) من غير عقد جديد لبقائه على الرهنية بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن أو من أجنبى اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل ان يرهنه ثانيا كان المرتهن اسوة الغرماء والايداع من أحدهما باذن الآخر كالاعارة (وان استعار ثوبا ليرهنه صح) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين ثم يكون رهنا بما رهنه به قليلا كان أو كثيرا اذا أطلق ولم يقيده بشئ عملا بالاطلاق (ولو عين) المعير (قدرا) أى قدر ما يرهنه به أو عين (جنسا) أى جنس ما يرهنه به (أو) عين (بلدا) الذى يرهن فيه (فخالف) المستعير الراهن المعير كان للمعير الخيار وهو معنى قوله (ضمن المعير المستعير) ان شاء او ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد فى حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب فيضمن الا اذا عين له اكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو اكثر فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير ثم ان ضمن المستعير تم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن رجع بما ضمن وبالدين على الراهن (وان وافق) المعير المستعير فيما قيده (وهلك) الثوب المرهون عند المرتهن (صار مستوفيا) لدينه (ووجب مثله) أى مثل الثوب الرهن الذى هلك (للمعير على المستعير) لانه سقط الدين عن الراهن وهو المعير فيضمن لانه قضى دينه بذلك القدر ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقى امانة (ولو افتكه) أى الرهن (المعير لا يمتنع المرتهن) عن الافتكاك (ان قضى) المعير (دينه) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما أدى فصار أداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول بخلاف ما اذا قضى الدين أجنبى لانه متبرع ثم يرجع المعير على الراهن بما أدى لانه غير متبرع لما ذكرنا ولو أراد المعير البيع وأبى المرتهن من بيعه يبيع بغير رضاه اذا كان به وفاء والا لم يبع الا برضاه ولو مات المعير مفلسا وعليه دين أمر الراهن بقضاء دين نفسه ويرد الرهن ليصل كل ذى حق الى حقه وان عجز لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير حيا ولورثته أخذه اذا قضوا دينه ولو كان الفاضل من دين المرتهن لم يف بدين غرماء المعير لا يباع الا برضاهم وان كان يفى يبيع بغير رضاهم وكذا الحكم

لومات المعير والمستعير (وجناية الراهن و) جناية (المرتهن على الرهن مضمونة) لان حق كل منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه ثم المرتهن يأخذ الضمان بدينه ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان كان مؤجلا يحبسه بالدين فاذا حل أخذه بالدين ان كان من جنس حقه والا حبسه بدينه حتى يستوفى دينه (وجنايته) أى جناية الرهن (عليهما) أى على الراهن والمرتهن (وعلى مالهما هدر) يعنى لا يوجب شيأ أطلق الجواب والمراد به جناية لا توجب القصاص وان كانت توجبه فمعتبرة حتى يجب عليه القصاص أما للمرتهن فظاهر لانه أجنبى عنه وأما للمولى فلانه كالاجنبى عنه فى حق الدم اذ لم يدخل فى ملكه الا من حيث المالية بخلاف ما يوجب المال لان ماليته للمولى ومستحق للمرتهن فلا فائدة فى اعتبارها اذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند أبى حنيفة لان الملك يثبت عند أداء الضمان مستندا حتى يكون الكفن عليه فتكون الجناية على غير مالكه فاعتبرت وهذا الحكم فيما اذا كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بان كانت على غير الآدمى بلا خلاف بين أصحابنا وان كانت موجبة لدفع الرقبة بان كانت جناية على الآدمى فى النفس خطأ أو فيما دونها فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان كانت جنايته على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن فمعتبرة فان اختار أخذه ووافقه الراهن على ذلك أبطلا الرهن اسقوط الدين بهلاكه وان لم يطالب بالجناية فهو رهن على حاله وعن أبى حنيفة اذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين كانت جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها ولو جنى الرهن على ابن المرتهن أو ابن الراهن فهى معتبرة فى الصحيح حتى يدفع بها أو يفدى وان كانت على المال يباع كما اذا جنى على الاجنبى اذ هو أجنبى لتباين الاملاك (وان رهن) رجل (عبدا يساوى ألفا) أى ألف درهم (بالف) درهم (مؤجل فرجعت قيمته) بنقصان السعر (الى مائة) درهم (فقتله) أى العبد (رجل وغرم مائة) درهم (وحل الاجل فالمرتهن يقبض المائة) التى هى غرامة (قضاء) أى لاجل القضاء (من حقه ولا يرجع) المرتهن (على الراهن بشئ) لان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين حتى كان له أن يطالب بجميع الدين عند رده ناقصا بالسعر خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ونحن نقول ان انتقاص السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر فى البيع اذا حصل فى المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشترى الخيار ولا فى الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لانه بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقى مرهونا بكل الدين فاذا قتله غرم قيمته يوم الاتلاف وأخذه المرتهن لانه بدل المالية فى حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت فى الابتداء ألفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء (ولو باعه) أى لو باع المرتهن العبد الذى لا يساوى ألفا (بمائة) درهم (بامره) أى بامر الراهن وكان رهنا بالف (قبض) المرتهن تلك (المائة) التى هى الثمن (قضاء من حقه ورجع) على الراهن (بتسعمائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك لبطل الرهن وبقى الدين الا بقدر ما استوفى

فكذا

فكذا هنا (وان قتله) أى العبد الرهن (عبد قيمته) أى قيمة العبد القاتل (مائة) درهم (فدفع) العبد (به) أى بسبب قتله (افتكه) الراهن (بكل الدين) وهو الالف التام عندهما كما فى تراجع سعره وعند محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شئ عليه غيره لان تغيره وقع فى ضمانه وعند زفر يصير رهنا بمائة لان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فبقى الدين بقدره وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به (وان مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لانه قام مقامه (فان لم يكن له وصى نصب له وصى) أى نصب القاضى لاجله وصيا لانه نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم (وأمر) الوصى الذى نصبه القاضى (ببيعه) أى ببيع الرهن

*هذا (فصل) فى بيان تغير الرهن وزيادته وغيرهما (رهن عصير) عنب عند رجل (قيمته عشرة) دراهم (بعشرة) دراهم (فتخمر) العصير أى صار خمرا (ثم تخلل) أى صار خلا (و) الحال انه (يساوى عشرة) دراهم (فهو) أى العصير المذكور الذى صار خلا بعد ان صار خمرا (رهن بعشرة) دراهم كما كان لان ما كان محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كما ان ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء ألا ترى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد فيها الا ان المشترى يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع فكذا يكون محلا للرهن بقاء وهذا لان العقد وقع صحيحا فاذا تخمر فسد لكن بالتخلل يعود العقد صحيحا لعود المالية المتقومة فيها وزوال المفسد وقال الشارح وقوله ثم تخلل وهو يساوى عشرة يشير الى أن المعتبر فيه فى الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل او موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين وانما يوجب الخيار لان الفائت فيه مجرد الوصف وفوات شئ من الوصف فى المكيل والموزون لا يوجب سقوط شئ من الدين بالاجماع بين أصحابنا فيكون الحكم فيه انه ان نقص شئ من القدر يسقط بقدره من الدين والا فلا قلت القيمة تزداد وتنقص بازدياد القدر ونقصانه (وان رهن) رجل (شاة قيمتها عشرة) دراهم (فماتت) الشاة (فدبغ جلدها وهو) أى الجلد (يساوى درهما فهو) أى الجلد (رهن بدرهم) لان الرهن تقرر بالهلاك واذا حيي بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمفسوخ لا يعود صحيحا وقيل يعود البيع وقوله فهو رهن بدرهم قالوا هذا اذا كان قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وانما يعرف ذلك بالتقويم بأن تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد هذا اذا كانت الشاة كلها مضمونة وان كان بعضها أمانة بان كانت قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضا بعضه أمانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين وقالوا هذا اذا دبغه المرتهن بشئ لا قيمة له وان دبغه بشئ له قيمة يثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشئ له قيمة ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى اذا أدى الراهن ما زاد الدباغ فيه أخذه وليس له أن يحبسه بالدين وقيل لا يبطل (ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف للراهن) لانه متولد

من ملكه (وهو) أي النماء (رهن مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد فيسري الى الولد وعند الشافعي لا يسري وعند مالك الثمر لا يدخل مع الاصل بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية اليه ولا يتبع أمه فيه وبخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها (ويهلك) النماء اذا هلك هلاكا (مجانا) يعني بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل الاصل لانها لم تدخل في العقد مقصودا (وان بقي) النماء (وهلك الاصل فك) الولد (بحظه) أي بحصته من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والتبع اذا صار مقصودا بالفكاك يكون له قسط (ويقسم الدين على قيمته) أي قيمة النماء (يوم الفكاك و) على (قيمة الاصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الاصل وفك النماء بحصته) صورته رهن جارية تساوي ألفا بمائة وخمسين درهما فولدت ولدا يساوي خمسمائة ثم هلكت الام وبقي الولد فانه يسقط من الدين مائة لانه حصة الام لان قيمتها ألف يوم القبض ويسلم الولد الى الراهن ويستوفي الخمسين لان حصة الولد من الدين خمسون على اعتبار الثلث والثلثين وقيمة الولد يوم الفكاك معتبرة (وتصح الزيادة في الرهن) بان زاد رهنا على الرهن الاول فيكونان رهنا بالدين الاول وقال زفر لا يجوز كما لا يجوز الزيادة في الدين ولنا أنه نظير الزيادة في الثمن والمثمن فيجوز وفائدته تظهر في رجل رهن عند رجل عبدا بمائة وقيمته مائة ثم زاد عنده عبدا آخر قيمته مائة فمات أحد العبدين فانه يسقط من الدين نصفه بموته والنصف الآخر امانة (لا) تصح الزيادة (في الدين) بأن زاد دينا آخر على الدين الاول على ان يكون الرهن الاول رهنا بالدينين وقال أبو يوسف يجوز اعتبارا بالزيادة على الرهن وبه قال مالك والشافعي في القديم ولهما أنه يؤدي الى الشيوع فلا يجوز وبه قال احمد وفائدته تظهر في رجل رهن عبدا عند آخر بمائة قيمته مائتان ثم أخذ منه مائة أخرى على أن يكون العبد رهنا بالمائتين ثم مات العبد فانه يسقط الدين الاول والفضل في العبد أمانة ويبقى الدين الثاني بلا رهن عندهما وعند أبي يوسف يسقط بموته الدينان جميعا (ومن رهن عبدا بألف فدفع عبدا آخر مكان) العبد (الاول و) الحال ان (قيمة كل) من العبدين (ألف فالاول) أي فالعبد الاول (رهن حتى يرده الى الراهن) لانه دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين الا أن ينقض القبض فاذا كان الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه وهو معنى قوله (والمرتهن في) العبد (الآخر أمين حتى يجعله) أي حتى يجعل العبد الآخر (مكان) العبد (الاول) قيل بتجديد القبض لان يده يد أمانة ويد المرتهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه أمانة وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان أحكام (الجنايات)

وهي جمع جناية وهي مصدر من جنى عليه شرا اذا أحدثه وهو عام الا أنه خص بما يحرم من الفعل وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجر وفي الشرع هي اسم لفعل محرم سواء كان في مال أو نفس لكن في عرف الفقهاء يراد باطلاق اسم الجناية الفعل في النفس والاطراف (موجب القتل) حال كونه (عمدا) وارتفاع موجب بالابتداء وقوله (وهو) أي العمد الى آخره

معترض بين المبتدا والخبر وأشار به الى تفسير العمد وهو (ما تعمد) أى تقصد (ضربه) أى ضرب انسان (بسلاح) مثل السيف والسكين ونحوهما (ونحوه) أى ونحو السيف (فى تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب والحجر) نحو المروة (والليطة) بكسر اللام وهى قشر القصب اللازق به (والنار) فالقتل بهذه الاشياء عمد لان القصد من أعمال القلوب ولا اطلاع عليه الا بدليل فاذا ضربه بمثل ما ذكرنا علمنا حصوله نظرا الى استعمال الآلة الموضوعة لذلك عادة كما أقيم السفر مقام المشقة واذا قتله بحديد أو صفر غير محدد كالعمود والسنجة فيه روايتان أظهرهما انه عمد ولو طعنه برمح لاسنان له فجرحه كان عمدا وكذا لو قتله بمسلة ولو قتله بابرة فهو ليس بعمد وذكر قاضيخان ان الجرح لا يشترط فى الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره وقوله (الاثم) خبر المبتدا أعنى قوله موجب القتل وقوله (والقود) أى القصاص عطف عليه أما الاثم فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الآية وأما القصاص فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى والمراد به القتل العمد لانه تعالى أوجب الدية فى قتله خطأ بقوله ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وانتصاب (عينا) على الحال من القود أى حال كونه متعينا وحده ثم استثنى منه قوله (الا أن يعفى) القاتل بأن عفا عنه الاولياء أو بعضهم فحينئذ يسقط تعين القصاص ولا يجب شئ بعد ذلك ان كان العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل وقال الشافعى الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولى وعنه ان الواجب هو القود عينا لكن للولى حق العدول الى المال من غير رضا القاتل لان نفس الآدمى مضمونة بالدية بدليل وجوبها فى قتل الخطا لكن عرفنا وجوب القصاص بالنص فتبقى الدية ويتخير وبه قال أحمد وعن مالك روايتان كهما ونحن نقول ان موجبه القصاص ولا يكون له المصير الى المال الا برضا القاتل لان القصاص تعين لدفع الضرر فلا يلزم غيره (لا) تجب (الكفارة) بقتل العمد وقال الشافعى تجب اعتبارا بالخطا وبه قال أحمد فى رواية ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص وفى ايجابها زيادة على النص بخلاف قتل الخطا لان فيه نصا (وشبهه) بالرفع عطف على قوله موجب القتل والمضاف فيه محذوف والتقدير وموجب شبه القتل عمدا فلما حذف المضاف أقيم هو مقامه وارتفاعه فى الحقيقة بالابتداء وخبره قوله الاثم على ما يأتى وهذا هو القسم الثانى من أنواع القتل لانه على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما جرى مجرى الخطا والقتل بسبب وقسمه محمد فى الاصل على ثلاثة أوجه عمد وشبه عمد وخطا (وهو) أى شبه العمد (ان يتعمد ضربه) أى ضرب انسان (بغير ما ذكر) فى العمد وهو المحدد وغيره هو الذى لا حد له من الآلة كالحجر والعصا وكل شئ ليس له حدة يفرق الاجزاء وهذا عند أبى حنيفة وعندهما اذا ضربه بحجر عظيم أو خشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا وبه قالت الثلاثة لان معنى العمدية قاصرة فيها لما انه لا يقتل غالبا ويقصد به غير القتل وأما الذى لا يلبث لا يتقاصر عن عمل السيف فى ازهاق الروح فيجب به القصاص وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل من غير فصل بين العصا والعصا ولان معنى العمدية فيه قاصر لكونه آلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه وقوله (الاثم) بالرفع خبر لقوله وشبهه وما بينهما معترض أى وموجب شبه القتل عمدا الاثم لانه قتل عن قصد منه (والكفارة)

بالرفع أيضا عطف عليه وذلك اشبهه بالخطا وهى عتق رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين (ودية مغلظة) عطف على ماقبله وسيأتى الكلام فى التغليظ وانما تكون (على العاقلة) لاجماع الصحابة على ذلك (لا) أى ليس موجب شبه القتل العمد (القود) أى القصاص (والخطأ) بالرفع مبتدأ عطف على ماعطف عليه شبهه والتقدير وموجب القتل الخطا وهو القسم الثالث من أنواع القتل (وهو) أى الخطأ على نوعين خطا فى القصد وخطا فى الفعل أشار الى الاول بقوله (ان يرمى شخصا) حال كونه قد (ظنه صيدا أو) ظنه (حربيا فاذا هو مسلم) أى فاذا قد ظهر المظنون مسلما واذا هى للمفاجاة وأشار الى الثانى بقوله (أو) ان يرمى (غرضا) أى هدفا (فاصاب آدميا) وقوله (وماجرى) هو القسم الرابع من أنواع القتل وهو عطف على قوله والخطا والتقدير وموجب مايجرى (مجراه) أى مجرى الخطا (كنائم انقلب على رجل فقتله) لان هذا ليس بخطا حقيقة لعدم قصد النائم الى شئ حتى يصير مخطئا لمقصوده ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطا لانه معذور كالمخطئ وقوله (الكفارة) بالرفع خبر للمبتدا أعنى قوله والخطأ ولما عطف عليه وهو قوله وماجرى مجراه والتقدير وموجب القتل الخطا وموجب ماجرى مجرى الخطا الكفارة (والدية على العاقلة) لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك ولا يأثم هنا اثم القتل وانما يأثم اثم ترك التحرز والمبالغة فى التثبت (والقتل بسبب) بالرفع أيضا مبتدأ معطوف والتقدير وموجب القتل بسبب وهو القسم الخامس من أنواع القتل ومثل لذلك بقوله (كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه) وقوله (الدية) بالرفع خبر المبتدا وذلك لانه متعد فتجب الدية صيانة للانفس فتكون (على العاقلة) تخفيفا عنه كما فى الخطا بل أولى لعدم القتل منه مباشرة (لا) تجب فيه (الكفارة) لعدم المباشرة (والكل) أى كل أنواع القتل المذكورة (توجب حرمان الارث) عن المقتول (الا هذا) أى القتل بسبب فانه لا يوجب الحرمان كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعى هو ملحق بالخطا فى أحكامه وبه قال مالك وأحمد (وشبه العمد فى النفس عمد فيما سواها) أى ماسوى النفس لان اتلاف مادون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على مابينا

هذا (باب) فى بيان أحكام (مايوجب القود) أى القصاص (ومالا يوجب) القصاص

(يجب القصاص بقتل كل محقون الدم) أى بسبب قتل كل معصوم الدم احترز به عن الحربى والمرتد والزانى المحصن وبقوله (على) وجه (التأبيد) عن المستأمن لان دمه غير محقون على التأبيد وقوله (عمدا) حال من القتل قيد به لان فى غير العمد لا يوجب القصاص كما مر بيانه مفصلا (ويقتل الحر بالحر و) يقتل الحر أيضا (بالعبد) وقال الشافعى لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذه مقابلة ومن ضرورتها أن لا يقتل الحر بالعبد ولان الحر مالك والعبد مملوك فلا مساواة بينهما والقصاص يعتمدها وبه قال مالك وأحمد ولنا العمومات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولا تعارض بما تلى لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا تحمل على المقيدة على ان مقابلة الحر بالحر

لاتنافى مقابلة الحر بالعبد لانه ليس فيه الاذكر بعض مايشمله العموم على موافقة حكمه وذلك لايوجب تخصيص مابقى ألاترى انه قابل الانثى بالانثى والذكر بالذكر ثم لايمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وكذا لايمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد بالاجماع فكذا بالعكس اذلومنع ذلك لمنع العكس أيضا وفى مقابلة الانثى بالانثى دليل جريان القصاص بين الحرة والامة والآية نزلت ردا على النضير وبنى قريظة حين تواضعوا على ان العبد من بنى النضير بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة وبيانا ان الجنس يقتل بجنسه على خلاف مواضعتهم من القبيلتين جميعا فكانت اللام لتعريف العهد لالتعريف الجنس وهذا منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما فان قلت روى الدارقطنى عنه عليه الصلاة والسلام لا يقتل حر بعبد قلت فى اسناده جويبر وهو ضعيف (و) يقتل (المسلم بالذمى) وقال الشافعى لا يقتل به لما روى الشعبى عن جحيفة قال سألت عليا رضى الله عنه هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم علم غير القرآن قال والذى فلق الحبة وبرأ النسمة ماعندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن ومافى الصحيفة قلت ومافى الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير وأن لا يقتل مسلم بكافر وانما ماتلونا من الكتاب وقد صح عن عبد الرحمن بن البيلمانى ومحمد بن المنكدر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه فقال أنا أولى من وفى بذمته رواه الدارقطنى فان قلت قال الدارقطنى لم يسنده الا ابراهيم بن يحيى وهو متروك والصواب عن ابن البيلمانى مرسلا وابن البيلمانى ضعيف وقال أحمد بن حنبل لو حكم حاكم بحديث ابن البيلمانى كان مخطئا ولو رفع الى حاكم آخر رده وقد رجع عنه زفر لما وقف على علته وروى ان المقتول كان عمرو بن أمية الضمرى وانه عاش بعد النبى عليه الصلاة والسلام بسنين قلت الحديث رواه مالك فى الموطا واحتج به محمد والمرسل حجة عندنا ولايصح رجوع زفر وأما اسم المقتول فيحتمل انهما اثنان قتل أحدهما وعاش الآخر بعد النبى صلى الله عليه وسلم والمراد من قوله وأن لا يقتل مسلم بكافر الكافر الحربى فان قلت قد صح فى حديث قيس بن عباد لا يقتل مسلم بكافر ولاذوعهد فى عهده قلت المراد به أيضا بكافر حربى ولهذا عطف ذو العهد وهو الذمى على المسلم تقديره لا يقتل مسلم ولاذوعهد بكافر حربى لان الذمى اذا قتل ذميا يقتل به فعلم ان المراد به الحربى اذهو لا يقتل به مسلم ولاذمى فان قلت معناه لا يقتل ذوعهد مطلقا أى لا يحل قتله فيكون ابتداء كلام قلت هذا لا يستقيم من وجهين أحدهما ان ذوعهد مفرد وقد عطف على الجملة فيأخذ الحكم منها لان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو والثانى ان المعنى يأبى ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفى القتل قصاصا الانفى مطلق القتل فكذا الثانى تحقيقا للعطف اذلا يجوز ذلك البتة فى المفرد لا يقال معناه لا يقتل مسلم بكافر ولا بذى عهد أى لا يقتل بكافر حربى ولا بذمى لانا نقول لو أريد ذلك المعنى كان لحنا اذلا يجوز عطف المرفوع على المجرور فلا يجوز نسبته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه أفصح العرب ولا يقال روى ذى عهد بالجر فى بعض طرقه فيكون معطوفا على الكافر فلا يدل على ماقلتم لانا نقول ان صح ذلك هو جر للمجاورة لا للعطف عليه حتى يشاركه فى الحكم ومثله جائز قال الله تعالى وامسحوا برؤسكم

قوله عن جحيفة هكذا بخطه وصوابه عن أبى جحيفة كما فى صحيح البخارى اهـ من هامش

وأرجلهكم بالجر للمجاورة وان لم يشاركه فى الحكم فحملناه عليه توفيقا بين الروايتين على الوجه الجائز (ولا يقتلان) أى المسلم والذمى (بالمستأمن) لان دمه غير محقون على التأبيد فانعدمت المساواة ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح (و) يقتل (الرجل بالمرأة و) يقتل (الكبير بالصغير و) يقتل (الصحيح بالاعمى و) يقتل أيضا (بالزمن و) يقتل أيضا (بالناقص الاطراف و) يقتل أيضا (بالمجنون) وذلك لوجود المساواة بين هؤلاء فى العصمة والمساواة هى المعتبرة (و) يقتل (الولد بالوالد) لعموم النصوص (ولا يقتل الرجل بالولد) لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده (والام والجدة) سواء كانا من جهة الاب أو من جهة الام (كالاب) لان النص الوارد فى الاب يكون واردا فيهم دلالة فكانت الشبهة شاملة للجميع فى جميع صور القتل وقال مالك ان قتل الاب ابنه ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لانه يحتمل التأديب وان ذبحه عمدا فعليه القصاص ولنا اطلاق ما روينا (و) لا يقتل الرجل أيضا (بعبده ومدبره و) لا بـ (مكاتبه و) لا (بعبد ولده و) لا (بعبد ملك بعضه) لما روينا (وان ورث) الابن (قصاصا على أبيه سقط) القصاص صورته ان يقتل الاب أخا امرأته ثم ماتت امرأته قبل ان يقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذى لها على أبيه فيسقط لما ذكرنا وكذا لو قتل امرأته ليس لابنها منه ان يقتله فيسقط القصاص (وانما يقتص) القاتل (بالسيف) وقال الشافعى يفعل به مثل ما فعل بالمقتول ان كان فعلا مشروعا فان مات والا حزت رقبته حتى لو كان قطع يده فمات فالولى يقطع يد القاطع فان مات والا حزت رقبته لان القصاص يستدعى المماثلة وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف (مكاتب قتل) على صيغة المجهول أى قتله شخص قتلا (عمدا وترك وفاء و) الحال ان (وارثه سيده فقط) يعنى ليس له وارث غير المولى (أو) قتل و (لم يترك وفاء و) الحال أنه (له وارث) غير المولى (يقتص) أى يؤخذ القصاص من قاتله هاتان مسئلتان الاولى هى قولهما وعند محمد لا يجب القصاص لان حق المولى يثبت حال الجرح بحكم الملك وبعد الموت بحكم الميراث فصار اختلاف جهة الحق كاختلاف المستحق فلا يثبت القصاص وبه قال زفر وهو رواية عن أبى يوسف ولهما ان المولى له حق عند الجراحة لانه على حكم ملكه وهو المستحق أيضا عند الموت فلما تعلق حكمه بالطرفين ثبت له القصاص وبه قالت الثلاثة الثانية فلانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته لا عن وفاء فظهر أنه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص للمولى بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لان العتق فى البعض لا ينفسخ بموته عاجزا (وان ترك) المكاتب الذى قتل عمدا (وفاء ووارثا) غير المولى (لا) يقتص بالاجماع لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كما قال على وابن مسعود رضى الله عنهما فالقصاص للوارث وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضى الله عنه فالقصاص للمولى (وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لما فيه من ابطال حق المرتهن فى الدين لانه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن فى الدين لهلاك الرهن بلا بدل وقيل ليس لهما القصاص وان اجتمعا (ولاب المعتوه) وهو الناقص العقل من غير جنون (القود) أى القصاص (والصلح لا) أى ليس له

(العفو

(العفو بقتل وليه) أي ولي المعتوه كابنه وأمه أما القصاص فلانه للتشفي ودرك الثار وكل ذلك راجع الى النفس ولابيه ولاية على نفسه فيليه كالنكاح بخلاف الاخ وامثاله حيث لا يكون لهم ولاية استيفاء قصاص وجب للمعتوه وأما الصلح فلانه أنفع له من القود هذا اذا صالح على قدر الدية أو أكثر منه وان صالح على أقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة وأما العفو فلانه ابطال لحقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز (والقاضي كالاب) في جميع ماذكرنا في الصحيح (والوصي يصالح فقط) يعني ليس له القود ولا العفو أما القود فلانه من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه وأما العفو فلأن الاب لا يملكه فالوصي أولى ثم اطلاق قوله يشمل الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف وذكر في كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح في النفس لان الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء والمذكور هنا هو المذكور في الجامع الصغير لان المقصود من الصلح المال والوصي يتولى التصرف فيه كما يتولى الاب بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفي وهو مختص بالاب وقالوا القياس أن لا يملك الوصي التصرف في الطرف كما لا يملكه في النفس وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال (والصبي كالمعتوه) في الحكم المذكور (وللكبار القود) أي القصاص اذا كان مشتركا بينهم وبين الصغار (قبل كبر الصغار) أي قبل ان يبلغ الصغار عند أبي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغوا لان الحق مشترك بينهم فلا ينفرد بعضهم باستيفائه وبه قال الشافعي وأحمد في رواية وله انه حق ثابت لكل منهم على الكمال فيجوز الانفراد (وان قتله) أي وان قتل شخص شخصا (بمر) بفتح الميم وتشديد الراء وهو خشبة طويلة في رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الارض وبالفارسية تسمى بيل (يقتص ان أصابه الحديد) بلا خلاف (والا) أي وان لم يصبه الحديد بل قتله بظهر المر (لا) يقتص على الخلاف المذكور في أول الكتاب (كالخنق) يعني كما لا يقتص في الخنق اذا خنق شخصا (والتغريق) بأن غرقه في الماء عند أبي حنيفة وعندهما يقتص وبه قال الشافعي غير ان عنده يخنق أو يغرق مثله كما بيناه من قبل (ومن جرح رجلا) حال كونه (عمدا) أي عامدا (فصار) المجروح (ذا فراش) أي لم يزل صاحب فراش (ومات يقتص) أي من الجارح لان الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه مالم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه (وان مات) رجل (بفعل نفسه و) فعل (زيد و) فعل (أسد و) فعل (حية ضمن زيد ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الآخرة حتى يأثم به وفعل زيد معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس ولم يعتبر الا جنس واحد وهو فعل زيد فيجب عليه ثلث الدية ان كان عمدا في ماله والا ففي على العاقلة (ومن شهر) اي سل (على المسلمين سيفا وجب قتله) لدفع ضرره (ولا شئ بقتله) يعني ان قتله أحد لا شئ عليه لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أبطل دمه وكذلك اذا شهر على رجل سلاحا فقتله أو قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شئ سواء كان بالليل أو بالنهار في المصر أو خارج المصر لان السلاح لا يلبث وان شهر عليه عصا فكذلك ان كان ليلا أو نهارا خارج المصر وأشار الشيخ الى هذه بقوله (ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا في مصر أو غيره) أي خارج المصر (أو شهر عليه)

أى على رجل (عصا ليلا) أى فى الليل (فى المصر أو) شهر عليه عصا (نهارا) أى فى النهار (فى غيره) أى خارج المصر (فقتله) أى الشاهر (المشهور عليه فلا شئ عليه) من القصاص والدية على ماذكرنا (وان شهر عليه) أى على رجل (عصا نهارا فى مصر فقتله المشهور عليه قتل) المشهور عليه (به) أى بالشاهر لان العصا تلبث والغوث غير منقطع فى المصر فكان بالقتل متعديا وهذا عند أبى حنيفة ظاهر لانه كالسلاح عنده وقيل عندهما يحتمل أن يكون على الخلاف المذكور فى شبه العمد لانه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية) لانه قتل نفسا معصومة الا انه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية وقال الشافعى لا يجب شئ لانه قتله دافعا عن نفسه وهو رواية عن أبى يوسف (وعلى هذا) الحكم (الصبى) اذا شهر على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية عندهما خلافا لابى يوسف والشافعى لعدم الاختيار الصحيح منه (و) على هذا الحكم (الدابة) اذا صالت على انسان فقتلها يجب عليه الضمان عندنا خلافا للشافعى هو يقول انه قتلها دافعا وكونها مملوكة للغير لا تأثير له فى وجوب الضمان كالعبد اذا شهر سيفا على رجل فقتله فانه لا يجب عليه الضمان فكذا هذا فصار كالصيد اذا صال على المحرم فقتله ونحن نقول ان فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لا يعتبر فى حق وجوب الضمان لان العجماء جبار وعصمتها لحق مالكها بخلاف عصمة عبد الغير فانها لحق نفسه وفعله محظور فتسقط به عصمته وبخلاف الصيد اذا صال على المحرم لان الشارع أذن فى قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه ألا ترى ان الجنس الفواسق أباح قتلها مطلقا لتوهم الاذى منها فما ظنك عند تحقق الاذى (ولو ضربه) أى المشهور عليه (الشاهر) السلاح (فانصرف) الشاهر بعد الضرب (فقتله) أى الشاهر (الآخر) أى المشهور عليه بعد الانصراف (قتل القاتل) وهو المشهور عليه المضروب لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان لان حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانيا اندفع شره فلا حاجة الى قتله فعادت عصمته فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما ظلما فيجب عليه القصاص (ومن دخل عليه غيره ليلا) أى فى الليل (فاخرج السرقة) من بيته (فاتبعه) صاحب البيت (فقتله) أى الداخل السارق (فلا شئ عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون ماله ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لانه قتله بغير حق

هذا (باب) فى بيان أحكام (القصاص فيما دون النفس)

أى الاطراف (يقتص بقطع اليد من المفصل) أراد ان من قطع يد غيره من المفصل قطعت يده منه لقوله تعالى والجروح قصاص وانه ينبئ عن المماثلة فأينما أمكن وجب القصاص فيه والا فلا وقد أمكن فى القطع من المفصل وقوله (وان كانت يد القاطع أكبر) من يد المقطوع واصل بما قبله وأشار بذلك الى أن لا اعتبار لكبر اليد وصغرها فان المنفعة الفائتة بالقطع وهى البطش لا تتفاوت (وكذا) الحكم فى (الرجل) اذا قطعت من المفصل (و) كذا (مارن الانف) وهو ما لان منه وفضل عن القصبة اذا قطعه شخص يقطع منه لامكان المماثلة (و) كذا (الاذن) اذا قطعه

شخص

شخص يقطع منه لما ذكرنا (و) كذا (العين اذا ذهب ضوؤها و) الحال انها (هى قائمة) لامكان رعاية المماثلة فى هذه الصور وهو أن يجعل على عينه قطن رطب وقوبل بمرآة محماة لتذهب ضوءها وهو يمثل ذلك مأثور عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم (ولو قلعها) أى العين (لا) يجب القصاص لعدم امكان رعاية المماثلة (والسن) بالرفع عطف على والرجل أى وكذا السن اذا قلعه يقلع سنه لقوله تعالى والسن بالسن (وان تفاوتا) أى سن القالع وسن المقلوع لاتحاد المنفعة بهما (و) كذا (كل شجة تحقق فيها المماثلة) لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص (ولا قصاص فى عظم) الا السن وهو مقدر هنا لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص فى عظم الا فى السن وهو المراد بالحديث ولعدم امكان المماثلة فيه بخلاف السن فان المساواة فيه تمكن بأن تبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا ان قلع سنه فانه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن كذا فى الذخيرة وغيره (و) لا قصاص أيضا (فى طرفى رجل وامرأة و) لا بين (حر وعبد و) لا بين (عبدين) فى الاطراف وقال الشافعى يجب القصاص فى جميع ذلك وأصله ان كل موضع جرى القصاص فيه بين الانفس يجرى فى الاطراف وما لا فلا لانها تابعة للانفس وبه قال مالك وأحمد حتى لو قطع عبد يد عبد عمدا أو حر يد حرة عمدا أو قطع رجل يد امرأة ففيه القصاص ولنا أن الاطراف يسلك فيها مسلك الاموال فكانت المماثلة فيها شرطا ولا مماثلة فى أطراف هؤلاء بدليل اختلاف الدية والقيمة باختلاف النفس فلا يجب القصاص (وطرف الكافر والمسلم سيان) أى مثلان وهو تثنية سى بمعنى مثل فيجرى القصاص بينهما للتساوى فى الارش وقال الشافعى لا يجرى بناء على أصله (وقطع يد) بالجر عطف على قوله ولا قصاص فى عظم أى ولا قصاص أيضا فى قطع يد (من نصف ساعد) لعدم المماثلة (و) لا فى (جائفة برئ) صاحبها (منها) لان البرء منها نادر فلا يمكن ان يجرح الثانى جائفة على وجه يبرأ منها فيكون اهلاكا فلا يجوز (و) لا فى (لسان وذكر) لانهما ينقبضان وينبسطان ولا يمكن اعتبار المماثلة وعن أبى يوسف انه اذا قطع من أصلهما يجب القصاص لامكان اعتبارهما وعند الثلاثة يقتص فيهما فى الكل والبعض ولو قطع بعض الذكر أو بعض اللسان لا قصاص أيضا بخلاف الاذن (الا أن يقطع الحشفة) وهو موضع الختان فحينئذ يقتص لان موضع القطع معلوم كالمفصل والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص وان قطع بعضها لا (وخير) المقطوع (بين القود) أى القصاص (والارش ان كان القاطع أشل أو ناقص الاصابع أو كان رأس الشاج أكبر) من رأس المشجوج لتعذر استيفاء حقه بكماله فيخير بين ان يتجوز بدون حقه فى القطع وبين ان يأخذ الارش كاملا كمن أتلف مثليا الانسان فانقطع عن أيدى الناس ولم يبق منه الا الردىء فانه يخير بين أن يأخذ الموجود ناقصا وبين ان يأخذ القيمة ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه فى الزيادة وقال الشافعى يضمنه النقصان لانه قدر على استيفاء البعض فيستوفى ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا ان الباقى وصف فلا يضمن بانفراده فصار كالو تجوز بالردىء مكان الجيد ثم المشجوج يتخير فى جانبى رأس الشاج اذا اختار القود يبدأ من أى الجانبين شاء وكذا اذا كانت الشجة فى طول الرأس وهى تؤخذ من

جبهة أحدهما الى قفاه ولا تؤخذ الى قفا الآخر فهو بالخيار وذكر الطحاوى عن على الرازى الكبير أن له القصاص ولا خيار له

هذا (فصل) فى الصلح وغيره (وان صولح) القاتل (على مال) عن القصاص (وجب) المال (حالا) قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية قال ابن عباس نزلت فى الصلح ولما لم يكن فيه شئ مقدر فوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطأ حيث لا يجوز بأكثر من الدية وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل فى مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد (وسقط القود) أى القصاص لانه موجب العقد (ويتنصف) المال المصالح به (ان أمر الحر القاتل وسيد القاتل) بأن كان مع الحر القاتل عبد شاركه فى القتل فأمر هو وسيد القاتل (رجلا بالصلح عن دمهما على ألف) درهم (ففعل) المأمور ذلك فالالف على الحر والمولى نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما على السواء (فان صالح أحد الاولياء حظه) أى نصيبه (على عوض أو عفا) أحد الاولياء عن القاتل (فلمن) أى فالواجب لمن (بقى) من الاولياء (حظه) أى نصيبه (من الدية) لان كل أحد يتمكن من التصرف فى نصيبه استيفاء واسقاطا بالعفو أو بالصلح فاذا صالح أحدهم أو عفا سقط حق الباقين من القود لعدم التجزى فينقلب نصيبهم مالا والورثة فى ذلك كلهم سواء وقال مالك والشافعى لا حق للزوجين فى القصاص ولا فى الدية وقال ابن أبى ليلى لا يثبت حقهما فى القصاص ولنا انه عليه الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها أشيم (ويقتل الجمع بالفرد) والقياس أن لا يقتل لعدم المساواة ولكن تركناه لاجماع الصحابة رضى الله عنهم (و) يقتل (الفرد بالجمع اكتفاء) بذلك للباقين وقال الشافعى يقتل بالاول منهم ان قتلهم على التعاقب ويقضى بالدية لمن بعده فى تركته وان قتلهم جميعا معا أو لم يعرف الاول منهم يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين لان يد الواحد لا تقطع بالايدى اكتفاء فكذا الانفس مع الواحدة والجامع بينهما عدم المماثلة وبه قال مالك وأحمد وعنهما لو اقتص بطلب الكل لا تجب الدية للبقية ولنا أن قتل الواحد بالجماعة فى معنى قتل الواحد بالواحد فى معنى الزجر كقتل الجماعة بالواحد ولا يجب المال كقتل الواحد بالواحد (فان حضر واحد) من أولياء المقتول (قتل) القاتل (له) أى لاجل هذا الحاضر (وسقط حق البقية) من الاولياء فى القصاص لفوات المحل (كموت القاتل) يعنى اذا مات القاتل حتف أنفه سقط حق أولياء المقتول بلا خلاف لفوات محل الاستيفاء وقال صاحب الهداية ويتأتى فيه خلاف الشافعى لان الواجب عنده أحدهما (ولا تقطع يد رجلين بيد) يعنى اذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وقال الشافعى يقطع أيديهما والمفروض اذا أخذا سكينا واحدا من جانب وأمراها على يده حتى انفصلت هو يعتبرها بالانفس لان الاطراف تابعة لها ولنا ان كلا قاطع للبعض فلا يجوز ان يقطع الكل بالبعض والاثنتان بالواحدة لانعدام المساواة فصار كما اذا أمر كل واحد من جانب ولا يصح القياس على النفس لان زهوق الروح لا يتجزأ فأضيف الى كل واحد كملا وقطع العضو يتجزأ (وضمنا) أى القاطعان (ديتها) أى دية اليد المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما

نصف الدية على كل واحد منهما الربع فتجب في مالهما لان العاقلة لا تتحمل العمد (وان قطع واحد يمنى رجلين فلهما) أى فللرجلين (قطع يمينه) أى يمين القاطع (ونصف الدية) ان حضرا معا سواء كان القطع جملة واحدة أو على التعاقب وقال الشافعى ان قطعهما على التعاقب يقطع للاول منهما ويغرم أرش اليد للثانى وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت له القرعة والارش للآخر لان اليد الواحدة لا تفى بالحقين وليس أحدهما بأولى من الآخر فوجب المصير الى القرعة ولنا ان المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتأخر كالغريمين فى التركة (فان حضر واحد) من الرجلين (فقطع يده) أى يد القاطع (له) أى للحاضر (فللآخر عليه) أى على القاطع (نصف الدية) لان للحاضر أن يستوفى حقه ولا يجب عليه التأخير لحضور الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطالب أو يعفو مجانا أو صلحا ثم اذا حضر الآخر بعدما قطعت للاول وطلب يقضى له بالدية ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود عندهما وعند محمد له الارش (وان أقر عبد بقتل عمد يقتص به) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار خطأ أو بالمال ولنا أنه غير متهم فيه لكونه يلحقه الضرر به فيصح بخلاف الاقرار بالمال أو القتل خطأ لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا (وان رمى) رجل (رجلا) حال كونه (عمدا) أى عامدا (فنفذ السهم منه) أى من الذى أصابه السهم (الى آخر يقتص) الرامى (للاول و) يجب (للثانى الدية) لان الاول عمد والثانى أحد نوعى الخطا وهو الخطأ فى الفعل والفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره

* هذا (فصل) فى تعدد الجناية (من قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالامرين) أى بالقطع والقتل (لو) كان القطع والقتل (عمدين او) يؤخذ بالامرين أيضا وهما الديتان لو كانا (خطأين أو) يؤخذ بالامرين أيضا وهما القتل والدية لو كان القطع والقتل (مختلفين) بأن قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو بالعكس بأن قطع يده خطأ ثم قتله عمدا وسواء (تخلل بينهما) أى بين القطع والقتل (برء أو لا) أى أو لم يتخلل بينهما برء وهذه ست مسائل الاولى قطع يد رجل عمدا ثم قتله عمدا قبل البرء الثانية قطع يده خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء الثالثة قطع يده عمدا ثم قتله خطأ قبل البرء الرابعة قطع يده خطأ ثم قتله عمدا قبل البرء الخامسة قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بعد البرء السادسة قطع يده خطأ ثم قتله عمدا بعد البرء فالكل لا يتداخل الا الخطأين فانهما يتداخلان اذا لم يتخلل بينهما برء فيجب فيهما دية واحدة وان تخلل بينهما برء لا يتداخلان وأشار اليه بقوله (الا فى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة) وهو استثناء من قوله أخذ بالامرين فلا يؤخذ فيه الا بالدية لا غير لان الموجب فى الخطا الدية وهى بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل واحد والمذكور فى المسئلة الاولى قول ابى حنيفة وعندهما يتداخلان فيقتل حزا ولا تقطع يده لانهما جنايتان من واحد على واحد وله انهما جنايتان لو انفرد كل منهما يوجب القصاص فكذا اذا اجتمعا ثم شبه وجوب الدية الواحدة فى الخطأين اللذين لم يتخلل بينهما برء بمسئلة أخرى بقوله (كمن ضربه) أى كمن ضرب رجلا (مائة سوط فبرأ من تسعين) سوطا (ومات من عشرة) فانه يجب فيه دية واحدة لان الضربات التى برئ منها ولم يبق لها أثر سقط أرشها لزوال الشين وهذا عند أبى حنيفة وعند أبى

يوسف فيها حكومة عدل وعن محمد أنه يجب فيها اجرة الطبيب وثمن الادوية ولو بقى لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالاجماع لان الارش يجب باعتبار الشين فى النفس وهو ببقاء الاثر (وان عفا المقطوع عن القطع فمات) من ذلك (ضمن القاطع الدية) فى ماله للسراية هذا عند أبى حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع او عن الشجة فهو عفو عن النفس حتى اذا مات بعد العفو بالسراية لا يضمن كالعفو عن الجناية (ولو عفا عن القطع و) عن (ما يحدث منه) أى من القطع (او) عفا (عن الجناية لا) يضمن شيأ لان كل واحد صريح فى العفو عن السراية (فالخطأ من الثلث) أراد ان كان هذا خطأ يكون من ثلث المال لان موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر أمواله (والعمد من كل المال) أراد ان كان عمدا يكون من جميع المال لان موجبه القصاص ولم يتعلق به حق الورثة لانه ليس بمال (وان قطعت امرأة يد رجل) قطعا (عمدا فتزوجها) المقطوع يده (على يده ثم مات فلها فهو مثلها و) تجب (الدية فى مالها و) تجب (على عاقلتها لو) كان القطع (خطأ) وهذا عند أبى حنيفة لان العفو عن اليد أو القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عنده فكذا التزوج على اليد أو على القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا فهذا تزوج على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير السقوط أولى لانه لا يمكنها أن تستوفى القصاص من نفسها فاذا لم يكن مالا لا يصلح أن يكون مهرا فيجب لها عليه مهر المثل ثم يجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين أنه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وذلك فى مالها لانه عمد والعاقلة لا تحمله واذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا قدرا و وصفا وان كان أحدهما أكثر رجع صاحبه على الآخر وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة (وان تزوجها على اليد وما يحدث منها) أى من اليد المقطوعة (أو) تزوجها (على الجناية فمات منه) أى من القطع يعنى من سريانه فى القطع أو فى الجناية (فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصح مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر أو خنزير (ولا شئ عليها) أى على المرأة لانه رضى بسقوط القصاص على أنه يصير مهرا وهو لا يصلح مهرا فسقط أصلا (لو) كان القطع (عمدا ولو) كان (خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها) لان التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا وهى تصلح مهرا فصحت التسمية الا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية فلا يحجر عليه ولا يصح فى حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فتكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال أن يرجع عليهم بموجب جنايتها فاذا صار ملكا لها سقط عنهم وان كان مهر مثلها أقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها وما زاد على ذلك ينظر فان خرج من الثلث سقط عنهم أيضا لانه وصية لهم فيصح لانهم أجانب أشار اليه بقوله (ولهم) أى وللعاقلة (ثلث ما ترك) الميت المذكور وقوله (وصية) نصب على التمييز أى من حيث الوصية لهم كما ذكرنا وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وادوا الزيادة الى

الولى

الولى لان الوصية لانفاذلها الامن الثلث ثم قيل لا يسقط قدر نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لاتصح والاصح انه يسقط كله لانه أوصى لمن يجوز له الوصية ولمن لا تجوز له الوصية فيكون الكل لمن يجوز له الوصية كما لو أوصى لحى وميت فان الوصية كلها تكون للحى (ولو قطع يده) أى ولو قطع رجل يد رجل (فاقتص له) أى للمقطوع (فمات) المقطوع (الاول) قبل المقطوع الثانى (قتل) المقطوع الثانى (به) أى بسريان القطع لانه تبين أن الجناية كانت قتلا عمدا وحق المقتص له فى القصاص فى النفس واستيفاء القطع لا يوجب سقوط حقه فى القتل وعن أبى يوسف أنه يسقط حقه فى القصاص لان اقدامه على القطع دليل على أنه أبرأه من غيره ولو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصا من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند أبى حنيفة وقالا لا شئ عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم سرايته وبه قال الشافعى وله ان حقه فى القطع والموجود قتل فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فوجبت الدية (وان قطع) الولى (يد القاتل) الذى قتل فلانا مثلا (ثم عفا) الولى عن القاتل (ضمن القاطع) وهو الولى (دية اليد) أى يد القاتل عند أبى حنيفة سواء قضى له بالقصاص أو لم يقض وقالا لا شئ عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برئ أو ما عفا وما سرى أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده وله انه استوفى غير حقه لان حقه فى القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف تبعا للنفس واذا سقط القود وجبت الدية والله أعلم

---

* هذا (باب) فى بيان أحكام (الشهادة فى القتل

ولا يقيد حاضر بحجته * اذا أخوه غاب عن خصومته)

هذا بيت كامل من المنظومة صورته اذا قتل شخص وله وليان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل لا يقتل القاتل قصاصا وهو معنى قوله ولا يقيد أى لا يقتص من أفاد يقيد اقادة وثلاثيه قاد من القود وهو القصاص قوله بحجته أى باقامته البينة وقوله (فان يعد لابد من اعادته) نصف بيت من المنظومة أيضا أى فان يعد الغائب لابد من اعادة البينة (ليقتلا) أى الحاضر والغائب الذى حضر وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا حاجة الى الاعادة وأجمعوا على أن القاتل يحبس اذا أقام الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل وأجمعوا على أنه لا يقضى بالقصاص مالم يحضر الغائب لهما أن الامتناع لاحتمال العفو واذا حضر لم يبق احتمال فلا يحتاج الى الاعادة وبه قالت الثلاثة وله انه حق القتيل من وجه وحق الورثة من وجه فتشرط الاعادة احتياطا (ولو) كان القتل (خطأ او) كان المدعى (دينا) لابيهما على شخص فاقام الحاضر بينة عليه ثم حضر الغائب (لا) يعيد البينة اجماعا لانه يتمكن من الاستيفاء (فان اثبت القاتل) يعنى أقام بينة على (عفو الغائب لم يقد) أى لم يقتص يعنى يسقط القصاص لانه ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه فى القصاص وانقلاب نصيبه مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى الاثبات عليه بالبينة فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا له (وكذا) الحكم (لو قتل عبدهما) اى

عبد رجلين عمدا (و) الحال ان (احدهما غائب) لا تقبل بينة الحاضر من غير اعادة بعد عود الغائب ولو أقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص كما فى المسئلة السابقة (وان شهد وليان بعفو ثالثهما) بأن كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث انه عفا (لغت) شهادتهما لانهما يجران الى أنفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا (فان صدقهما) أى الشاهدين الوليين (القاتل) دون الولى المشهود عليه (فالدية لهم اثلاثا) أى من حيث الاثلاث لانه بتصديقه اياهما أقر لهما بثلثى الدية فيلزمه لكن يزعمون كلهم أن نصيب الولى المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه وتحول نصيبه أيضا مالا فوجب عليه كل الدية (وان كذبهما) القاتل (فلا شئ لهما) أى الشاهدين الوليين لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما فى القصاص فصح اقرارهما فى حق أنفسهما وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا تصدق دعواهما الا ببينة (وللآخر) وهو الولى المشهود عليه (ثلث الدية) لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حقه فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما (وان شهدا أنه ضربه) أى ان فلانا ضرب فلانا (فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة قال صاحب الهداية وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح (وان اختلف شاهدا القتل فى الزمان) بأن قال أحدهما قتله يوم الخميس وقال الآخر يوم الجمعة (او) اختلفا (فى المكان) بان قال أحدهما قتله فى بيته وقال الآخر قتله فى السوق (أو قال أحدهما) أى أحد الشاهدين (قتله بعصا وقال الآخر لم أدر بماذا قتل بطلت) شهادتهما لان القتل لا يتكرر فالقتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى مكان آخر أو فى زمان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على القتل شهادة فرد فلم تقبل (وان شهدا انه قتله وقالا لم ندر بماذا قتله تجب الدية) فى ماله استحسانا والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة أصلا لانهما شهدا بقتل مجهول لان الآلة اذا جهلت فقد جهل القتل وجه الاستحسان انهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل لامكان العمل به فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندرى على الغفلة بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب اليه فى العقوبات احسانا للظن بهما وانما تجب الدية فى ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك (وان أقر كل واحد منهما) أى من الرجلين (أنه قتله) أى فلانا (وقال الولى قتلتماه جميعا فله) أى فللولى (قتلهما) أى قتل المقرين (ولو كان مكان الاقرار شهادة) بان شهد اثنان على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخران على آخر أنه قتله وقال الولى قتلتماه جميعا (لغت) الشهادة والفرق أن الاقرار والشهادة تناول كل منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب فى الاول من المقر له والمشهود له غير أن تكذيب المقر له فى بعض ما أقر به لا يبطل اقراره فى الباقى وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

هذا (باب) فى بيان أحكام (اعتبار حالة القتل)

(المعتبر حالة الرمى) لانه فعل الرامى فوجب اعتباره فى حق الحل والضمان ثم فرع عليه بالفاء

بقوله

بقوله (فتجب الدية بردة المرمى اليه قبل الوصول) صورته رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله قبل وصول السهم اليه ثم وقع به السهم يجب على الرامى الدية عند أبى حنيفة وقالا لاشئ عليه لان فعله انما صار قتلا وقت الاصابة وهو مرتد وله أنه صار قاتلا بفعله وفعله وجد وهو معصوم لكن لم يجب القصاص للشبهة (لا) يجب شئ (باسلامه) أى باسلام المرمى اليه بان رمى الى حربى أو مرتد فاسلم قبل الاصابة ثم أصابه بعد الاسلام وهذا بالاجماع لان الرمى لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل (و) يجب (القيمة بعتقه) يعنى لو رمى الى عبد فأعتقه المولى بعد الرمى قبل الاصابة ثم أصابه فمات منه لزمته القيمة عند أبى حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمى وثمانمائة بعده لزمه مائتان لان العتق قاطع للسراية وله أنه يصير قاتلا له من وقت الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة فتجب القيمة وقال زفر عليه الدية لان الرمى انما صار علة عند الاصابة وهو حر فى ذلك الوقت فتجب ديته (ولا يضمن الرامى برجوع شاهد الرجم بعد الرمى) صورته قضى القاضى برجم رجل فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود بعد الرمى قبل الاصابة ثم وقع عليه الحجر فلا شئ على الرامى لما أن المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها (وحل) أكل (الصيد بردة الرامى) صورته رمى مسلم صيدا فارتد قبل وقوع السهم بالصيد حل أكله لان المعتبر حالة الرمى (لا) يحل (باسلامه) بأن رماه وهو مجوسى فأسلم قبل الوقوع لا يحل لما ذكرنا (ووجب الجزاء بحله) بأن رمى المحرم صيدا فحل قبل الاصابة ثم أصابه وجب الجزاء عليه (لا) يجب الجزاء (باحرامه) بأن رماه وهو حلال فاحرم قبل الاصابة فوقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لما ذكرنا والله أعلم

* هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الدية) *

وأصلها ودية كعدة أصلها وعدة من وداه يديه أى أدى ديته فالدية اسم للمصدر وللمال الذى هو بدل النفس (دية شبه العمد مائة من الابل) بلا خلاف والخلاف فى القسمة فى الاصناف أشار اليه بقوله (أرباعا) أى من حيث الارباع ثم بينه بقوله (من بنت مخاض) وهى التى طعنت فى السنة الثانية (الى جذعة) وهى التى طعنت فى الخامسة وتكون خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا عندهما وعند محمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ثنية فى بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل أربعون منها من ثنية الى بازل عامها كلهن خلفة وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية ولهما ان النبى عليه الصلاة والسلام قضى فى الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانها تجب فيه اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد والثنى من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل فى السادسة والبازل ما دخل فى السنة التاسعة والذكر والانثى فيه سواء والخلفة الحامل من النوق (ولا تغليظ الا فى الابل) لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضى لا ينفذ قضاؤه (و) الدية (فى الخطأ مائة من الابل اخماسا) أى من حيث الاخماس عشرون (ابن مخاض و) عشرون (بنت مخاض و) عشرون (بنت لبون و) عشرون (حقة و) عشرون (جذعة) لما روى ابن مسعود رضى الله عنه ان النبى عليه

الصلاة والسلام قال في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكر رواه أحمد وأبو داود والترمذي وآخرون والشافعي أخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحديث حجة عليه (أو ألف دينار) من الذهب (أو عشرة آلاف درهم) من الورق وقال مالك والشافعي الدية اثنا عشر ألف درهم لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا قتل فجعل النبي عليه الصلاة والسلام ديته اثني عشر ألفا رواه أبو داود والترمذي ولنا ماروى عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه الصلاة والسلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وما قلنا أولى للتيقن به لانه أقل ولا تكون الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وعندهما تجب منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ازار ورداء هو المختار وفي النهاية قيل في زماننا قميص وسراويل (وكفارتهما) أي كفارة القتل خطأ أو شبه العمد (ما) أي الذي (ذكر في النص) أي القرآن وهو الاعتاق والصوم متتابعا قال الله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وشبه العمد خطأ في حق القتل وان كان عمدا في حق الضرب فتتناولهما الآية (ولا يجوز الاطعام) لانه لم يرد به نص (و) لا (الجنين) في الاعتاق لانه لم تعرف حياته ولا سلامته ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص (ويجوز الرضيع لو) كان (احد ابويه مسلما) لانه مسلم تبعا له والظاهر سلامة أطرافه على ما عليه الجبلة (ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس ومادونها) أي مادون النفس وهو الاطراف روى ذلك عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا وعند الشافعي الثلث ومادون الثلث لا يتنصف (ودية المسلم والذمي سواء) وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام عقل الكافر نصف دية المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وقال الشافعي دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم لانه روى هكذا وهذا على قوله القديم وبه قال أحمد ومالك في رواية وعلى قوله الجديد ثلث المائة من الابل أو قيمة الثلث عند فقدها وكذلك في المجوسي ولنا ماروى عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم ودى المعاهدين اللذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن أمية الضمري بمائة من الابل وقال عليه الصلاة والسلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وعن الزهري ان أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم

هذا (فصل) في بيان ديات الاطراف (في النفس) جار ومجرور في محل الرفع على الخبرية عن المبتدا بعد كلمات كثيرة وهو قوله الدية على ما يأتي وما بعده عطف عليه وهو قوله (و) في (المارن) وهو مالان من الانف وفضل عن القصبة (و) في (اللسان) لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا امتنع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهي ستة عشر حرفا يجمعها قولك ذري جل صدت طس شذ زنضظ فما أصاب الفائت يلزمه ولا مدخل للحروف الحلقية فيه وهي الهمزة والهاء والعين والحاء والغين والخاء ولا الشفوية وهي الباء والميم والواو وقيل ان قدر على أكثرها تجب حكومة عدل

قوله ستة عشر الخ هكذا فيما رأيته من النسخ ولعله سبعة عشر

لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الاكثر تجب كل الدية (و) فى (الذكر) لفوات منفعة جمة من الوطء والايلاد واستمساك البول ورميه ودفق الماء والايلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة (وكذا) فى (الحشفة) الدية الكاملة (و) فى (العقل) اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك (و) فى (السمع و) فى (البصر و) فى (الشم و) فى (الذوق) لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقال أبو يوسف لا يعرف الذهاب والقول قول الجانى لانه منكر ولا يلزمه شئ الا اذا صدقه أو نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم أنه سالم تذهب وان لم يهرب فهى ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يغافل ثم ينادى فان أجاب علم أنها لم تذهب والا فهو ذاهب (و) فى (اللحية ان لم تنبت) لانه أزال جمالا على الكمال (و) فى (شعر الرأس) أيضا اذا لم ينبت كذلك وقال الشافعى فيهما حكومة عدل لانه ليس فيهما تفويت المنفعة من كل وجه وبه قال مالك واحمد ولنا ان فيه تفويت جنس المنفعة وهى منفعة الجمال كما ذكرنا وفى لحية العبد كمال القيمة فيما روى الحسن عن ابى حنيفة وفى الشارب حكومة عدل لانه ليس فيهما تفويت المنفعة من كل وجه على الصحيح واختلفوا فى لحية الكوسج والاصح انه ان كان على ذقنه شعرات معدودة فليس فى حقه شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل به ففيه حكومة عدل عندهم وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ ولكنه يؤدب على ذلك فان نبت أبيض فقد ذكر فى النوادر انه لا يلزمه شئ عند أبى حنيفة فى الحر لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما تجب حكومة عدل لان البياض فى غير أوانه شين وفى العبد يجب حكومة عدل عندهم ويستوى العمد والخطا فى حلق الشعر ويؤجل فيه سنة وان لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوى فيه الصغير والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شئ عليه (و) فى (العينين واليدين والشفتين والحاجبين والرجلين والاذنين والانثيين) أى الخصيتين (وثديى المرأة) ففى قطع الزوج الدية كاملة وفى قطع أحدهما نصف الدية وانما قيد بثديى المرأة لان فيه تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثدى الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فتجب فيها حكومة عدل وفى حلمتى المرأة كمال الدية وفى احداهما نصف الدية وعند مالك والشافعى تجب فى الحاجبين حكومة عدل وقوله (الدية) مرفوع بالابتداء وخبره مقدما قوله فى النفس كما ذكرنا (وفى كل واحد من هذه الاشياء) أراد به ما هو مزدوج من هذه الاعضاء المذكورة (نصف الدية) كما فى العين الواحدة واليد الواحدة ونحوهما ثم أشار الى حكم ما يكون من الاعضاء ارباعا بقوله (وفى أشفار العينين) وهو جمع شفرة العين بضم الشين وهو حرف الجفن حيث ينبت الهدب ويقال بفتح الشين أيضا (الدية) اذا قلعها ولم تنبت (وفى احدها) أى أحد الاشفار (ربعها) أى ربع الدية لانه يتعلق بها الجمال على الكمال ويتعلق بها دفع الاذى والقذى من العين ولو قطع الجفون باشفارها تجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشئ واحد ثم أشار الى حكم ما يكون من الاعضاء اعشارا بقوله (وفى كل اصبع من اصابع اليدين أو الرجلين

عشرها) أى عشر الدية لان فى قطع جميع الاصابع الدية وفى قطع واحدة عشرها لقوله عليه الصلاة والسلام فى كل اصبع عشر من الابل والاصابع كلها سواء ولا يعتبر الزيادة فيها (وما) أى التى أى الاصابع التى (فيها مفاصل) وهو جمع مفصل (ففى احدها) أى أحد المفاصل (ثلث دية اصبع) لانه ثلثها فدية الاصبع ألف فيجب فى أحد المفاصل ثلث الالف (ونصفها) أى نصف دية اصبع (لو) كان (فيها) أى فى الاصبع مفصلان كالابهام (وفى كل سن) من الاسنان (خمس من الابل أو خمسمائة درهم) وتزاد دية هذا الطرف على دية النفس بثلاثة أخماس الدية لان الانسان له اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فاذا وجب فى الواحدة نصف عشر الدية يجب فى الكل دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم هذا اذا كان خطأ وان كان عمدا ففيه القصاص على مامر (وكل عضو ذهب نفعه) بضرب ضارب (ففيه دية) كاملة (كيد شلت) بالضرب (وعين ذهب ضوؤها) بالضرب وكذا اذا ضربه فى صلبه فانقطع ماؤه تجب الدية وكذا الواحدبه ولو زالت الحدوبة فلا شئ عليه لزوالها

* هذا (فصل) * فى بيان احكام (الشجاج) وهى جمع شجة وهى عشرة أشار الى الاولى بقوله (فى الموضحة) وهى التى توضح العظم اى تبينه وتكشفه (نصف عشر الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمس عشرة وفى الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية (وفى الهاشمة) وهى التى تهشم العظم أى تكسره (عشرها) أى عشر الدية لما روينا وهى الشجة الثانية (وفى المنقلة) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر (عشر) الدية (ونصف عشر) الدية لما روينا وهى الشجة الثالثة (وفى الآمة) بتشديد الميم وهى التى تصل الى ام الدماغ وأم الدماغ هى الجلدة الرقيقة التى تجمع الدماغ وهى الشجة الرابعة (والجائفة ثلثها) وهى التى تكون فى الرأس والبطن بخلاف سائر الشجاج حيث لا تكون الا فى الرأس والوجه وقيل لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق فلذلك لم تدخل الجائفة فى العشرة لانها لا يطلق عليها الشجة وانما ذكرت مع الآمة لاستوائهما فى الحكم قال عليه الصلاة والسلام فى الجائفة ثلث الدية وكذلك فى الآمة ثلث الدية لما روينا الآن (فان نفذت الجائفة فثلثاها) أى فالواجب ثلثا الدية لما روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه انه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب فى كل واحدة منهما الثلث (وفى الحارصة) وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم مأخوذ من حرص القصار الثوب اذا شقه فى الدق وهى الشجة الخامسة (و) فى (الدامعة) بالعين المهملة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع فى العين مأخوذة من الدمع سميت بها لان الدم يخرج منها بقدر الدمع من المقلة وقيل لان عينيه تدمعان بسبب ألم يحصل له منها وهى الشجة السادسة (و) فى (الدامية) وهى التى تسيل الدم وذكر المرغينانى ان الدامية هى التى تدمى من غير أن يسيل منها هو الصحيح يروى عن أبى عبيد وهى الشجة السابعة (و) فى (الباضعة) وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق ومنه مبضع الفصاد وهى الشجة الثامنة (و) فى (المتلاحمة) وهى التى تأخذ فى اللحم

فتقطعه

فتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك أي يلتئم و يتلاصق سميت بذلك تفاؤلا على ماتؤل اليه وقال الازهري الاوجه أن يقال اللاحمة أي القاطعة اللحم وهي الشجة التاسعة (و) في (السمحاق) وهي التي تصل الى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الرأس وهي الشجة العاشرة وقوله (حكومة عدل) مرفوع بالابتداء وخبره مقدم ماهو قوله وفي الحارصة ومابعده عطف عليه داخل في حكمه وذلك لانه ليس فيها ارش مقدر من جهة السمع ولايمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم واختلفوا في تفسيرها فقال الطحاوي هي أن يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ثم يقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان مالا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وفي المحيط والاصح انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل شجة لها ارش مقدر فان كان مقداره مثل نصف شجة لها ارش أو ثلثها وجب نصف أو ثلث ارش تلك الشجة وان كان ربعها فربع (ولا قصاص في غير الموضحة) لعدم اعتبار المساواة وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد في الاصل وهو الاصح لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولاخوف التلف كالجائفة فيسبر غورها بمسمار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ماقطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك وفي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لانه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص فيها (وفي أصابع اليد) الواحدة (نصف الدية) لان في كل اصبع عشرا من الابل فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف وقوله (ولو) كان (مع الكف) واصل بما قبله يعني لايزيد الارش بسبب الكف لانها تابعة للاصابع (و) في قطع الكف (مع) قطع (نصف الساعد) يجب (نصف الدية) في الكف والاصابع (و) تجب (حكومة) في نصف الساعد عندهما وعند أبي يوسف مازاد على الاصابع من اليد والرجل الى المنكب وأصل الفخذ تبع فلا تزيد به الدية لان ماليس له ارش مقدر يكون تبعا لماله ارش مقدر ولهما ان الساعد لا يتبع الكف والاصابع ولايمكن اهداره فتجب حكومة عدل (وفي قطع الكف و) الحال انه (فيها اصبع او اصبعان عشرها) أي عشر الدية فيما اذا كان فيها اصبع (او خمسها) أي أو خمس الدية فيما اذا كان فيها أصبعان (ولا شئ في الكف) عند أبي حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف والى ارش ما فيها من الاصابع فيجب أكثرهما ويدخل القليل في الكثير لانهما جنايتان في محل واحد وله ان الاصابع أصل والكف تبع فالاصل وان قل يستتبع الفرع وان جل (وفي الاصبع الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه ان لم يعلم صحته بنظر) في العين (وحركة) في الذكر (وكلام) في اللسان (حكومة) عدل وهو مرفوع بالابتداء وخبره مقدم ماقوله وفي الاصبع الزائدة ومابعده عطف عليه أما في الاصبع الزائدة فلعدم تعلق الجمال بها وأما البقية فلان المقصود من هذه الاعضاء منافعها فاذا جهل وجود المنفعة لم تجب الدية الكاملة بالشك فتجب حكومة عدل وعند الثلاثة تجب دية كاملة الا اذا عرفت انها غير صحيحة وأما اذا علمت صحة هذه الاعضاء يكون حكمه حكم البالغ في الخطا والعمد اذا ثبت ذلك بالبينة أو باقرار الجاني وان أنكر ولم تقم به

بينة فالقول قول الجانى وكذا اذا قال لا أعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة (شج
رجل (رجلا فذهب عقله أو) ذهب (شعر رأسه دخل ارش الموضحة فى الدية) لان فوات العقل
يوجب بطلان منفعة جميع الاعضاء وارش الموضحة بفوات جزء من الشعر فيدخل الجزء
فى الجملة والحاصل ان الجناية متى وقعت على عضو واحد فاتلفت شيئين وارش أحدهما أكثر
دخل الاقل فيه ولا فرق فى هذا بين أن تكون الجناية عمدا أو خطأ وان وقعت على عضوين
لا يدخل ويجب لكل واحد منهما ارشه سواء كان عمدا أو خطأ عند أبى حنيفة لسقوط
القصاص به عنده وعندهما يجب للاول قصاص ان كان عمدا وأمكن الاستيفاء والا فكما قال
ابو حنيفة وقال زفر لا يدخل ارش الاعضاء بعضه فى بعض (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا)
يدخل ارش الموضحة فى ارش أحد هذه الاشياء عندهما وعند أبى يوسف يدخل فى دية السمع
والكلام ولا يدخل فى دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل وأما السمع والكلام فبطنان
فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة كما يدخل فى ارش العقل ولهما ان كل واحد من
هذه المنافع أصل بنفسها فلا يدخل (وان شجه) أى وان شج رجل رجلا شجة (موضحة فذهب
عيناه او قطع) رجل (اصبعه) أى اصبع رجل (فشلت) اصبع (أخرى او قطع المفصل الاعلى)
من مفاصل الاصابع (فشل ما بقى) من المفاصل (أو) شلت (كل اليد أو كسر نصف سنه
فاسود ما بقى) من السن (فلا قود) أى فلا قصاص فى الكل عند أبى حنيفة مطلقا وقالا يجب
القصاص فى الموضحة والدية فى العين فيما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه وكذا اذا قطع اصبعا
فشلت أخرى بجنبها يقتص للاولى ويجب الارش للاخرى وعنده لما لم يجب القصاص فى
العضوين يجب ارش كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا بان قطع الاصبع من المفصل
الاعلى فشل ما بقى منها يكتفى بارش واحد ان لم ينتفع بما بقى وان كان ينتفع به يجب دية المقطوع
ويجب حكومة عدل فى الباقى بالاجماع وكذا اذا كسر نصف السن فاسود ما بقى أو اصفر أو
احمر تجب دية السن كله بالاجماع والاصل عنده ان الفعل الواحد اذا أوجب مالا فى البعض
سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضوا واحدا وعندهما يجب القصاص مع وجوب
المال وان كان عضوا واحدا لا يجب (وان قلع سنه فنبتت مكانه) أى مكان السن المقلوعة
سن (أخرى سقط الارش) عند أبى حنيفة وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة
له والذى نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى وله أن الجناية قد زالت معنى ولهذا لو قلع سن صبى
فنبتت مكانها اخرى لا يلزمه شئ بالاجماع هذا اذا نبتت مثل الاولى وان نبتت معوجة فعليه
حكومة عدل عند أبى حنيفة ولو نبتت الى النصف فعليه نصف الارش (وان أقيد) أى اقتص
القالع بان قلع سنه عوض السن المقلوعة (فنبتت سن الاول يجب) الارش على المقتص له
للمقتص منه لانه تبين أنه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها
اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستنظر حولا وفى التتمة والصحيح أنه يستنظر فى سن البالغ حتى
يبرأ لان نباته نادر فلا يفيد تاجيله الى سنة فيؤخر الى البرء ليعلم عاقبته (وان شج رجلا فالتحم)
أى الجرح يعنى اندمل (والتأم) ولم يبق له أثر (أو ضرب) رجلا (فجرح فبرئ وذهب أثره فلا
ارش) عند أبى حنيفة لان الموجب هو الشين وقد زال وقال أبو يوسف عليه ارش الالم وهو

حكومة عدل وفى شرح الطحاوى فسره باجرة الطبيب والمداواة وقال محمد عليه اجرة الطبيب فعلى هذا الاخلاف بين أبى يوسف ومحمد وبقولهما قال الشافعى واحمد فى رواية (ولاقود بجرح حتى يبرا) صاحبه لما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرا صاحبه رواه أحمد والدارقطنى وهو حجة على الشافعى فى قوله يقتص منه فى الحال لتحقق الموجب (وكل عمد سقط فيه قوده) أى قصاصه (بشبهة كقتل الاب ابنه) قتلا (عمدا فديته فى مال القاتل وكذا) يجب فى مال القاتل (ماوجب صلحا) أى من حيث الصلح (او) وجب (اعترافا) أى من حيث الاعتراف (أولم يكن نصف العشر) أى نصف عشر الدية لما روى عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لاتعقل العاقلة عمدا ولاعبدا ولاصلحا ولااعترافا ولان العاقلة تتحمل تخفيفا عن القاتل وذلك يليق بالخاطئ والذى وجب بالصلح وجب بعقده والعاقلة ماتتحمل الاماوجب بالقتل وكذا مالزمه بالاقرار وانما لايتحمل أقل من نصف عشر الدية لانه لايؤدى الى الاجحاف بالجانى ثم الكل يجب مؤجلا الى ثلاث سنين الاماوجب بالصلح فانه يجب حالا ومادون ارش الموضحة يجب فى سنة لانه دون ثلث الدية والثلث ومادونه يجب فى سنة وقال الشافعى ماوجب بقتل الاب ابنه يجب حالا كسائر المتلفات ولنا انه مال وجب بنفس القتل فيكون كما اذا وجب بالقتل خطأ أوشبه عمدا وبالاعتراف بخلاف ماوجب بالصلح لانه مال وجب بالعقد ابتداء فلا يتأجل الابالشرط كسائر العقود (وعمد الصبى والمجنون خطا وديته على عاقلته ولا تكفير فيه) أى فى قتلهما (ولاحرمان) عن الارث اقول على رضى الله عنه عمده وخطؤه سواء فى مجنون صال على رجل بسيف فضربه والصبى مظنة الرحمة والدية على عاقلته اذا كان الواجب قدر نصف العشر أوأكثر بخلاف مادونه كما فى البالغ العاقل وحرمان الارث عقوبة وهماليسا من أهلها والكفارة كاسمها ستارة ولاذنب لهما وعند الشافعى عمد الصبى عمد فتجب الدية فى ماله ويحرم به عن الارث ويجب عليه الكفارة (والمعتوه) وقد فسرناه غيرمرة (كالصبى) فى الحكم المذكور

هذا * (فصل) * (فى بيان أحكام الجنين) وهو اسم الولد فى بطن الام قبل أن يولد فاذا ولد يسمى وليدا ثم رضيعا على ماعرف فى موضعه (ضرب) شخص (بطن امرأة فالقت) المرأة (جنينا ميتا يجب) فيه (غرة) بضم الغين المعجمة وتشديد الراء وغرة الشئ فى اللغة خياره كالفرس النجيب والحمار الفاره وغرة الشئ أوله كما سمى أول الشهر غرة وسمى وجه الانسان غرة لانه أول شئ يظهر ثم أشار الى تفسيرها بقوله (نصف عشر الدية) على طريق البدل وأراد نصف عشر دية الرجل اذا كان الجنين ذكرا وعشر دية المرأة اذا كان انثى وكل منهما خمسمائة درهم لان دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل والاصل فيه ماروى ان امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها ومافى بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية جنينها غرة عبدا ووليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها رواه البخارى ومسلم وآخرون وهى على العاقلة عندنا وعند مالك فى ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس من وجه وتجب فى سنة عندنا وعند الشافعى فى ثلاث سنين لانه بدل النفس ألاترى انه يورث ولنا ماروى عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة فى سنة ويستوى فى الجنين الذكر والانثى لاطلاق ماروينا (فان ألقت) جنينا (حيا فمات) أى الجنين (فدية) أى فتجب دية كاملة لانه أتلف آدميا خطأ أوشبه عمد (فان ألقت) جنينا (ميتا فماتت الام فدية) أى فتجب دية (وغرة) أيضا لما روينا (فان ماتت) الام (فألقت) جنينا (ميتا فدية) أى فتجب دية (فقط) وقال الشافعى تجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه ظاهرا ولنا أن موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها فيختنق بموتها فلا يكون فى معنى ماورد به النص (ومايجب فيه) أى فى الجنين (يورث) عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب (ولا يرث عنه) أى عن الجنين (أب) ثم أوضح ذلك بقوله (فلو ضرب) رجل (بطن امرأته فألقت) جنينا (ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث) الاب (منها) أى من الغرة لانه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل (وفى جنين الامة لو) كان (ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو) كان (انثى) وقال الشافعى يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه بدل نفسه فلا يقدر بغيره وعن أبى يوسف أنه يجب ضمان نقصان الام ان انتقصت بذلك اعتبارا بجنين البهائم (فان حرره) أى الجنين (سيده بعد ضربه) أى بعد ضرب رجل أم الجنين الامة (فألقته) أى الجنين (فمات) الجنين (ففيه قيمته) أى قيمة الجنين حال كونه (حيا) لانه صار قاتلا اياه وهو حى وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته مابين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية ولا تجب الدية وان مات بعد العفو عندنا وعند الثلاثة تجب دية وهو رواية عنا (ولا كفارة فى الجنين) على الضارب وقال الشافعى تجب عليه الكفارة لانه قاتل وبه قال مالك وأحمد ولنا ان القتل غير متحقق لجوزان لاحياة فيه (وان شربت) المرأة (دواء لتطرحه) أى الولد (وعالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها) أى عاقلة هذه المرأة (الغرة ان فعلت) فعلها المذكور (بلا اذن) الزوج لانها أتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة ولا ترث هى من الغرة شيأ لانها قاتلة بغير حق بخلاف ما اذا فعلت ذلك باذن الزوج حيث لا تجب الغرة لعدم التعدى وعند الثلاثة ضمن عاقلتها الغرة مطلقا وتجب الكفارة أيضا ولو فعلت ام الولد ذلك بنفسها حتى أسقطت فلا شئ عليها مالم تستحق لاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه تبين انه ليس بمالك لها وانه مغرور وولد المغرور حر الاصل وهى متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين فتجب الغرة له ويقال للمستحق ان شئت سلم الجارية وان شئت افدها لانه الحكم فى جناية المملوك وفى الفتاوى معتدة حامل احتالت لانقضاء عدتها باسقاط الحمل فعليها الغرة للزوج ولا ترث منه

هذا * (باب) * فى بيان أحكام (مايحدثه الرجل فى الطريق) *

من أخرج الى طريق العامة كنيفا) وهو بيت الخلاء (أوميزابا أوجرصنا) وهو الممر على العلو وهو مثل الرف وقيل هى الخشبة الموضوعة على جدارى السطحين ليتمكن من المرور وقيل هو الذى يعمل قدام الطاقة لتوضع عليه كيزان ونحوها (أودكانا) وهو الموضع المرتفع مثل المسطبة (فلكل واحد من أهل الخصومة (نزعه) يعنى مطالبته بنزعه لان المرور فى هذا الطريق حق مشترك لهم بأنفسهم ودوابهم ولكل من يثبت له هذا الحق أن ينزعه وعند محمد والثلاثة ليس لكل نزعه اذا لم

يضرّ بهم هذا اذا بنى لنفسه وأما اذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض كذا روى عن محمد
وقال اسمعيل الصفار انما ينقض لخصومته اذا لم يكن له مثل ذلك فان كان له مثل ذلك لا يلتفت
الى خصومته (وله) أى للرجل من أصحاب الاملاك (التصرف فى) الطريق (النافذ) باحداث
ماذكر مما تقدم (الا اذا أضرّ) بالعامة فحينئذ يمنع لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار
فى الاسلام (وفى غيره) أى فى غير النافذ من الطريق (لا يتصرف الا باذنهم) أى باذن أهل تلك
الطريق لانها مملوكة لهم فهم فيها شركاء (فان مات أحد) من الناس (بسقوطها) أى بسقوط
الكنيف والميزاب والجرصن ونحوها (فديته) أى فدية المقتول (على عاقلته) أى عاقلة من
أخرج ذلك الى الطريق لانه سبب لهلاكه كما تجب الدية على العاقلة (لو حفر بئرا فى طريق أو
وضع حجرا فتلف به) أى بالبئر أو بالحجر (انسان) لانه مسبب حتى لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم
من الميراث (ولو) كان الهالك بسقوط نحو الكنيف أو بوقوعه فى البئر (بهيمة فضمانها فى ماله) لان
العاقلة لا تتحمل ضمان المال والقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة
لان كل ذلك تسبيب بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب موضع كنسه انسان حيث لم
يضمن لانه غير متعد فيه ولو جمع الكناسة فى الطريق وتلف بها انسان ضمن لوجود التعدى
وكذا اذا صب الماء فى الطريق أو رش أو توضأ فعطب به انسان أو حيوان أو مال يضمن لانه
متعد بخلاف ما اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيه أو وضع خشبة أو متاعه
لان لكل من أهله أن يفعل ذلك لانه من ضرورات السكنى بخلاف الحفر لانه ليس من
الضرورات فيضمن ما عطب به وقالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق فيه عادة وأما اذا لم
يجاوز المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور فى موضع الصب مع علمه بذلك لا يضمن الراش لانه هو الذى
خاطر بنفسه فصار كمن وثب فى بئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير علمه
بان كان ليلا أو كان أعمى وقيل يضمن مع العلم أيضا اذا رش جميع الطريق لانه مضطر
فى المرور فيه وكذا الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق وفى أخذها جميع الطريق أو بعضه
ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا (ومن جعل بالوعة
فى طريق بامر سلطان أو) جعلها (فى ملكه او وضع خشبة فيها) أى فى الطريق (أو) وضع
(قنطرة بلا اذن الامام) فى الموضعين (فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن) فى الصور كلها اما فى
البالوعة فلانه باذن الامام او ملكه فليس بمتعد وأما وضع الخشبة والقنطرة بلا اذن الامام وان
كان متعديا فيه ولكن تعمد المارّ بالمرور عليها يقطع النسبة الى الواضع لان الواضع مسبب
والمارّ مباشر فصار هو صاحب العلة فلا يعتبر التسبيب معه (ومن حمل شيا فى الطريق فسقط على
انسان ضمن) سواء تلف بالوقوع أو بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه
أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف أو الصيد (ولو كان
المحمول (رداء قد لبسه فسقط) على انسان فعطب به (لا) يضمن والفرق بينه وبين الشئ المحمول ان
حامل الشئ يقصد حفظه فلا يحرج بالتقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه
فيحرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل فى حقه مباحا مطلقا وعن محمد اذا لبس زيادة على قدر
الحاجة أو ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع الحديد فى غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة

الى ابسه وسقوط الضمان باعتبارها لعموم البلوى (مسجد لعشيرة) أى لقوم مخصوصين (فعلق رجل منهم) أى من العشيرة (قنديلا) فى المسجد (او جعل فيه) أى فى المسجد (بوارى) وهو الحصير من القصب (او) جعل فيه (حصاة فعطب) أى هلك (به) أى بالقنديل ونحوه أى بسببه (رجل لم يضمن) لان هذا أمر يتولاه أهله (وان كان) الفعل الحاصل من الاشياء المذكورة (من غيرهم) أى من غير عشيرة المسجد (ضمن) عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن لان كل أحد يطلب التقرب بذلك فيستوى فيه أهله وغير أهله وبه قالت الثلاثة وبه يفتى وله أن هذا أمر يتولاه عشيرته وغيرهم يفعله بشرط السلامة فصار كبسط الحصر فى دار الغير (وان جلس فيه) أى فى المسجد (رجل منهم) أى من عشيرة المسجد (فعطب) أى هلك (به) أى بجلوس ذلك الرجل (ضمن ان كان) هذا الجالس (فى غير الصلاة وان كان فيها) أى فى الصلاة (لا) يضمن عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال لان كل أحد مأذون بدخوله وقعوده وبه قالت الثلاثة وله أن المسجد أعد للصلاة لا غير فكان غيرها من الافعال مقيدا بشرط السلامة ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه فى الصلاة أو فى غيرها او مر فيه أو قعد فيه للحديث فهو على هذا الاختلاف أما المعتكف فهو على هذا الاختلاف فى قول وقيل لا يضمن بلا خلاف وصلاة التطوع كالفرض بالاجماع وذكر شمس الائمة أن الصحيح من مذهب أبى حنيفة الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف فى عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وفى كشف الغوامض ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد انه ان جلس للحديث ضمن بالاجماع هذا *(فصل فى) بيان أحكام (الحائط المائل) الى الطريق (حائط مال الى طريق العامة ضمن ربه) أى صاحبه (ما تلف به) أى بالحائط (من نفس) من الانسان والحيوان (أو مال ان طالب رب الحائط (بنقضه مسلم اوذمى و) الحال انه (لم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه) والقياس أن لا يضمن وبه قال الشافعى وأحمد لانه لم يوجد منه صنع ووجه الاستحسان مروى عن على وشريح والنخعى والشعبى وغيرهم من أئمة التابعين رضى الله عنهم وفيه شروط الاول لابد من طلب مالكه بنقضه لانه لا يصير متعديا الا بالطلب والاشهاد عليه وهو أن يقول الرجل اشهدوا انى قد تقدمت الى هذا الرجل وطالبته بنقض هذا الحائط المائل ولا يصح الاشهاد قبل وهاء الحائط والاشهاد للتمكن من اثباته عند جحوده أو جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لا على سبيل الشرط لصحة الطلب كعقد النكاح ولهذا لم يذكره الشيخ رحمه الله الثانى يشترط أن يكون التقدم الى من له ولاية التفريغ كالمالك والوصى فى ملك الصغير أو الجد أو العبد التاجر كان عليه دين أو لا والتالف به يكون فى رقبته ان كان مالا والنفس على عاقلة المولى والى الراهن فى الدار المرهونة لانه القادر على الهدم والى المكاتب ثم ان أتلف حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد عتقه على عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على المولى ولا يطالب المستأجر والمستعير والمرتهن والمودع حتى لو سقط وأتلف شيأ لا يضمن هؤلاء وسوى الشيخ بين أن يكون المطالب بالنقض مسلما أو ذميا لان الناس كلهم شركاء فى المرور فصح التقدم

اليه من أى من كان بعد ان كان بالغا عاقلا حرا أو مكاتبا ذكرا كان أو أنثى بخلاف العبد والصبيان المحجور عليهم لانهم ليسوا بأهل لمطالبة حقهم فكذا المطالبة حق العامة الا اذا أذن لهم المولى أو الولى فحينئذ يصح مطالبتهم الثالث يشترط دوام تلك الولاية الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض الرابع يشترط للضمان أن تمضى مدة يتمكن فيها من النقض بعد الاشهاد حتى لو أشهد عليه فسقط من ساعته قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف به لعدم قدرته على النقض ثم التالف به يكون فى رقبته ان كان مالا وان كان نفسا يؤدى عاقلته الدية (وان بناه) أى وان بنى الحائط حال كونه (مائلا ابتداء) أى فى ابتداء الامر (ضمن ما أتلفه بسقوطه بلا طلب) لانه تعدى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع الحجر فى الطريق (وان مال) الحائط (الى دار رجل فالطلب الى ربها) أى الى صاحب الدار لان الحق له على الخصوص وان كان يسكنها غيره كان له أن يطالبه (فان أجله) صاحب الدار (أو أبرأه صح) كل واحد من تأجيله وابرائه حتى لو سقط فى الابراء أو قبل مضى المدة فى التأجيل لا يضمن لان الحق له (بخلاف) ما اذا مال الى (الطريق) العام فأجله القاضى أو من أشهد عليه أو أبرأه حيث لا يصح التأجيل ولا الابراء الا فى حق نفسه لان الحق فيه لجماعة المسلمين وليس للقاضى وغيره أن يبطل حقهم (حائط) مشترك (بين خمسة) أنفس (أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن) الذى أشهد عليه (خمس الدية) وتكون على عاقلته عند أبى حنيفة وقالا عليه نصف الدية لان فعله هدر ومعتبر فانقسم على نصفين وله ان العلة هى الجناية فيقسم الحاكم على أربابها فيجب عليه بقدر الجناية (دار بين ثلاثة) أنفس (حفر أحدهم) أى أحد الثلاثة (فيها) أى فى الدار (بئرا) بغير اذن شريكيه (أو بنى حائطا) فيها بلا اذن شريكيه (فعطب) أى فهلك (به) أى بالحفر أو ببناء الحائط (ضمن) الحافر أو البانى (ثلثى الدية) عند أبى حنيفة فتكون على عاقلته وقالا عليه النصف كما فى المسئلة الاولى وعند الشافعى وأحمد يضمن كل الدية فى الحفر فقط

هذا (باب) فى بيان أحكام (جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك)

(ضمن الراكب ما وطئت دابته بيد أو رجل أو رأس أو كدمت) من الكدم وهو عض الدابة بفيها (أو خبطت) أى ضربت لان الاحتراز عن الايطاء والكدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورات السير فقيدناها بشرط السلامة (لا) يضمن الراكب (ما نفحت) الدابة (برجل وذنب) لانه لا يمكنه الاحتراز عن النفحة بالرجل والذنب مع السير على الدابة فلم نقيده بالسلامة يقال نفحه برجله اذا ضربه وهو بالحاء المهملة من باب فعل يفعل بالفتح فيهما (الا اذا أوقفها) أى الدابة (فى الطريق) وهذا استثناء من قوله لا ما نفحت يعنى لا يضمن فى النفحة بالرجل والذنب الا اذا أوقف الدابة فى الطريق فنفحت برجلها أو ذنبها فحينئذ يضمن لانه يمكنه الاحتراز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا بالايقاف فيضمنه وعند الشافعى وأحمد فى رواية يضمن ما نفحت من غير توقيفه أيضا وعند مالك لا ضمان فى فعل الرجل والذنب أوقف أو لم يوقف وباب المسجد كالطريق فى الايقاف ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند

باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك ايقاف الدابة فى سوق الدواب لانه مأذون له من جهة السلطان وكذلك الفلاة وطريق مكة اذا وقف فى غير المحجة لانه لايضر بالناس فلا يحتاج فيه الى الاذن أما المحجة فهى كالطريق (وان أصابت) الدابة (بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت) الدابة (غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عينا لم يضمن) لعدم امكان الاحتراز عن ذلك (و) لو كان الحجر (كبيرا يضمن) لامكان الاحتراز عنه (وان راثت) الدابة فى الطريق (أو بالت فى الطريق لم يضمن) الراكب (من) أى الذى (عطب) أى هلك (به) أى بسبب روثها أو بولها (وان أوقفها) أى الدابة (لذلك) أى لاجل ان تروث أو تبول وهذا واصل بما قبله وذلك لان سير الدابة لايخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما اذا راثت أو بالت وهى تسير وكذا اذا أوقفها لذلك لان من الدواب مالا يفعل ذلك الا واقفا (وان أوقفها) أى الدابة (لغيره) أى لغير ان تروث أو تبول (ضمن) يعنى اذا راثت أو بالت فعطب به انسان أو شئ من المتاع لانه متعد فى الايقاف اذ هو ليس من ضرورات السير فيضمن (وما ضمنه) أى أى شئ ضمنه (الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهما مسببان كالراكب فى غير الايطاء فيجب عليهما الضمان بالتعدى فيه كالراكب وهذا الكلام يطرد وينعكس فى الصحيح وذكر القدورى ان السائق يضمن النفحة بالرجل وعليه بعض مشايخ العراق وجه الاول وعليه أكثر المشايخ ان السائق ليس له على رجلها شئ يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها بخلاف الكدم والصدم (وعلى الراكب الكفارة) يعنى فى الايطاء وغيره لانه مباشر فيه (لا) تجب الكفارة (عليهما) أى على السائق والقائد يعنى فى الايطاء لانهما مسببان لانه لايتصل منهما شئ بالمحل والكفارة حكم المباشرة لا التسبب وكذلك يتعلق بالايطاء فى حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان سائق وراكب قيل لايضمن السائق ما وطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه والسائق مسبب وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان ألا ترى ان محمدا رحمه الله ذكر فى الاصل ان الراكب اذا أمر انسانا فنخس المأمور الدابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا فى الضمان فالناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان والصحيح الاول لما ذكرنا والجواب عما ذكر فى الاصل ان المسبب لايضمن مع المباشر اذا كان السبب شيأ لايعمل بانفراده فى الاتلاف كما فى الحفر مع الالقاء فان الحفر لايعمل شيأ بدون الالقاء وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فافهم (ولو اصطدم فارسان) أى تلاقيا بالتصاق كل منهما الآخر بشدة (أو) اصطدم (ماشيان فماتا) من الاصدام (ضمن عاقلة كل منهما دية الآخر) وقال الشافعى يجب على عاقلة كل أحد نصف دية الآخر لان كلا منهما مقتول بفعل نفسه وفعل صاحبه ففعل نفسه هدر وفعل صاحبه معتبر وبه قال زفر ومالك ولنا ان صدمة كل من المصطدمين علة تلف صاحبه وشرط تلف نفسه فاضيف كله الى صاحب العلة لا الى صاحب الشرط فان قلت ما فائدة وجوب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر قلت لجواز أن تكون احدى العاقلتين أصحاب عين والاخرى أصحاب مواش أو غيرها فيحصل الانتفاع للطرفين جميعا وهذا الحكم الذى ذكرناه فى العمد والخطا

فى الحرين ولو كانا عبدين يهدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل يصير به المولى مختارا للفداء ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كما فى الخطا ويأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول فى الدية فيما زاد على القيمة ونصف قيمته فى العمد ويأخذها ولى المقتول وما على العبد فى رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اتلف من البدل وهو نصف القيمة (ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن) لانه متعد فى هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الاحكام فى الشد فصار كانه ألقاه على الطريق بخلاف الرداء لانه لا يقصد حفظه عادة فلا يقيد بشرط السلامة واللجام وسائر أدوات الحيوان كالسرج (وان قاد) رجل (قطارا) من الابل ونحوها (فوطئ بعير انسانا ضمن عاقلة القائد الدية) لانه عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا (فان كان معه) أى مع القائد (سائق يجب على عاقلتهما) أى عاقلة القائد والسائق (الضمان) لاستوائهما فى التسبيب هذا اذا كان السائق فى جانب من الابل أما اذا كان يوسطها وأخذ بزمام واحد يضمن هو وحده ما عطب مما هو خلفه ويضمنان ما تلف مما هو قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيئا لم يضمن ما اصابت الابل التى بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا ما اصابت الابل التى خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان أخذ بزمام ما خلفه اما البعير الذى هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما أصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده (وان ربط رجل (بعيرا على قطار) والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط انسانا فقتله فديته على عاقلة القائد وبعد الضمان (رجع عاقلة القائد بدية ما تلف على عاقلة الرابط) أما كونها على عاقلة القائد فلانه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير وهو تسبيب وفيه الدية على العاقلة كما فى قتل الخطا وأما أنهم يرجعون بها على عاقلة الرابط فلانه هو الذى أوقعهم فيه قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير وأما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون به على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على أحد وكذا اذا علم القائد بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان (ومن أرسل بهيمة) قال فى النهاية المراد بها الكلب (وكان سائقها) أى كان ماشيا خلفها (فأصابت) البهيمة (فى فورها) أى من غير انقطاع السوق (ضمن) لانه الحامل لها فأضيف فعلها اليه وان لم يمش خلفها فما دام فى فورها فهو سائق لها فى الحكم فيلحق بالسوق واذا تراخى انقطع السوق (وان أرسل طيرا أو كلبا ولم يكن له سائقا أو انفلتت) أى تسيبت (دابة) لرجل (فأصابت مالا) بأن أفسدت زرعا مثلا (أو) أصابت (آدميا) فقتلته وسواء كان ذلك (ليلا) أى فى ليل (أو نهارا) أى فى نهار (لا) يضمن فى هذه الصور كلها أما الطير فلان بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا بخلاف البهيمة فان بدنها يحتمل السوق فيعتبر فيها السوق واما الكلب فلانه وان كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق فلا يضمن بخلاف ما اذا أرسله الى صيد حيث يؤكل ما اصابه وان لم يكن سائقا له لمساس الحاجة الى الاصطياد ولو شرط السوق لانسد بابه وهو مفتوح وأما انفلات البهيمة فلقوله عليه السلام

العجماء جبار أى فعل العجماء جبار أى هدر قال محمد هى المنفلتة وهذا صحيح ظاهر لان المركوبة والمسوقة والمقودة فى الطريق أو فى ملك الغير أو المرسلة فى الطريق فعلها معتبر وفى قاضيخان لو أرسل بهيمة وكان سائقا لها ضمن ما أصابت فى فورها وكذا لو أرسل كلبه وكان سائقا له يضمن ما اتلف ولو لم يكن سائقا له لا يضمن وكذا لو أشلى كلبه على رجل فعقره أو مزق ثيابه لا يضمن الا أن يسوقه وقيل اذا أرسل كلبه وهو لا يمشى خلفه فعقر انسانا أو أتلف غيره ان لم يكن معلما لا يضمن وان كان معلما ضمن ان مر على الوجه الذى أرسله أما اذا أخذ يمنة أو يسرة فلا يضمن وأكثر المشايخ قالوا هذا فى البهيمة وأما فى الكلب فلا يضمن وان ذهب على سنن الارسال الا اذا كان خلفه ولو كان لرجل كلب عقور يؤذى من مر به فلاهل البلد أن يقتلوه وان أتلف يجب على صاحبه الضمان ان كان تقدم اليه قبل الاتلاف والا فلا شئ عليه كالحائط المائل ولو أن رجلا طرح رجلا قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شئ الا التعزير والحبس حتى يتوب (وفى فقء) أى وفى قلع (عين شاة لقصاب ضمن نقصانها) لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيه الا النقصان قيل قيد القصاب لغو لان الحكم فى جميع الشياه كذلك (وفى) فقء (عين بدنة الجزار و) فى فقء عين (الحمار والفرس) ضمن (ربع القيمة) وقال الشافعى فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة وبه قال مالك واحمد ولنا ما روى انه عليه السلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ولانه يمكن اقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها وان فقأ عينيها فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء أمسكها وضمنه النقصان والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (جناية المملوك والجناية عليه)

أى على المملوك (جنايات المملوك) وان كانت كثيرة (لا توجب) على المولى (الا دفعا واحدا) أى دفع رقبته لولى الجناية مرة واحدة (لو) كان المملوك (محلا له) أى للدفع بأن كان قنا وهو الذى لم ينعقد له شئ من أسباب الحرية كالتدبير وأمومية الولد والكتابة (والا) أى وان لم يكن محلا للدفع بأن انعقد له شئ مما ذكرنا توجب جنايته (قيمة واحدة) ولا يزاد عليها وان تكررت الجناية وفى القن اذا جنى بعد الفداء يخير المولى بين الدفع والفداء كالجناية الاولى وكذا كل ما جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع أو الفداء بخلاف المدبر وأخته فانه لا يوجب الا قيمة واحدة على ما يجئ ان شاء الله تعالى (جنى عبده) أى عبد رجل جناية (خطأ دفعه) أى المولى بالخيار ان شاء دفع العبد (بالجناية) الى وليها (فيملكه) ولى الجناية (أو) ان شاء (فداه) أى فدى العبد (بارشها) وسواء كانت الجناية على حر أو عبد فى النفس أو فيما دونها واحترز بقوله خطأ عن العمد لكن انما يفيد التقييد اذا كانت على النفس وأما اذا كانت على الاطراف فلا يفيد التقييد به اذ لا يجرى القصاص فيها بين العبيد ولا بين الاحرار والعبيد ومذهب الشافعى ان جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها الا أن يقضى المولى الارش وبه قال أحمد وثمرة الاختلاف تظهر فى اتباع الجانى عنده وعندنا لا يتبع لا فى حالة الرق ولا بعد الحرية والمسئلة

مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فعن ابن عباس مثل مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما مثل مذهبه ثم لا فرق بين أن يكون المولى قادرا على الارش أو لم يكن عند أبى حنيفة وعندهما لا يصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الا برضا الاولياء وان لم يختر شيأ حتى مات العبد يبطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه بخلاف ما اذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمته (فان فداه) أى فان فدى المولى العبد (فجنى) بعده جناية أخرى (فهى) أى الجناية الثانية (كالاولى) أى كالجناية الاولى يعنى حكمهما واحد لانه لما طهر عن الجناية الاولى بالفداء جعل كأنه لم يكن من قبل وهذه ابتداء جناية (وان جنى) العبد (جنايتين دفعه) أى دفع المولى العبد (بهما) أى بالجنايتين (أو فداه) أى العبد (بارشهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم أرش جنايته وللمولى أن يفدى من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره لاختلاف الحقوق بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان أو أولياء حيث لم يكن له أن يفدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لاتحاد الحق (فان أعتقه) المولى حال كونه (غير عالم بالجناية ضمن) المولى (الاقل من قيمته و) الاقل (من ارشه) لانه فوت حقه بما صنع فيضمنه وحقه فى أقلهما وعند الشافعى فى قول وأحمد فى رواية ومالك ضمن الارش فقط (ولو) اعتقه حال كونه (عالما بها) أى بالجناية (لزمه الارش) فقط بالاجماع لانه صار مختارا للفداء (كبيعه) أى كما لزمه الارش فقط فى بيعه العبد الجانى حال كونه عالما بالجناية واطلاق البيع ينتظم البيع بالخيار للمشترى لا للبائع ولو باعه فاسدا لا يصير مختارا الا بالتسليم ولو باعه من المجنى عليه فهو مختار للفداء بخلاف الهبة منه واذا باعه غير عالم بالجناية يلزمه الاقل كما فى العتق ولو قال فان أعتقه أو باعه غير عالم الخ كان أولى واعتاق المجنى عليه بأمر المولى كاعتاق المولى فيما ذكرناه وبالاجارة والرهن يصير مختارا فى رواية كتاب الاعتاق والاظهر أنه لا يكون مختارا بهما للفداء لانه لم يعجز عن الدفع لان له أن يفسخ الاجارة والرهن لتعلق حق المجنى عليه بعين العبد سابقا على حقهما (وتعليق عتقه) بالجر عطف على قوله كبيعه أى وكتعليق عتق العبد (بقتل فلان) بأن قال له ان قتلت فلانا فانت حر (و) كتعليق (رميه) بان قال له ان رميت فلانا فأنت حر (و) كتعليق (شجه) أى شج فلان بان قال ان شججت فلانا فانت حر كان المولى مختارا للفداء فى جميع ذلك (ان فعل) العبد (ذلك) أى ما ذكر من القتل أو الرمى أو الشج وفى تعليق العتق خلاف زفر فعنده لا يصير مختارا للفداء وعليه القيمة لانه لم يوجد الاختيار بعد الجناية ولنا ان تعليق العتق مع علمه بانه يعتق عند القتل دليل اختياره فتلزمه الدية (عبد قطع يد حر) حال كونه (عمدا) أى عامدا (ودفع) العبد (اليه) أى الى الحر الذى قطع يده (فحرره) أى أعتقه المدفوع اليه (فمات من) سراية (اليد فالعبد صلح بالجناية) لانه قصد صحة الاعتاق ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضى به جاز وكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها (وان لم يحرره) أى العبد المجنى عليه ومات من السراية (رد) العبد أى يرده ورثته (على سيده ويقاد) أى يقتص العبد لانه ظهر ان الصلح كان باطلا لانه وقع عن المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لا يجرى

بين الحرّ والعبد فى الاطراف وبالسراية ظهر أن دية البدغير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لابدّ له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح فوجب القصاص فالاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه (جنى) عبد (مأذون) له (مديون) جناية (خطأ فحرّره سيده بلا علم) بالجناية (عليه) أى على السيد (قيمة لرب الدين وقيمة) أخرى (لولى الجناية) لانه أتلف حقين الدفع الى ولى الجناية والبيع للغرماء بخلاف ما اذا أتلفه أجنبى والمسئلة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك فى رقبته ثم الغريم أحق بتلك القيمة لانها مالية العبد والغريم مقدم فى المالية على ولى الجناية لان الواجب أن يدفع اليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هى المعنى فتسلم اليه (مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها للدين وان جنت فولدت لم يدفع الولد له) أى لولى الجناية والفرق ان الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع فى ذمة المولى لا فى ذمتها فلا يسرى الى الولد ثم اعلم أن شرط السراية الى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين أما اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكساب حيث تتعلق الغرماء بها سواء كسبت قبل الدين أو بعده (عبد) لرجل (زعم رجل أن سيده حرره فقتل) العبد (وليه) أى ولى ذلك الرجل الزاعم أن مولاه أعتقه قتلا (خطأ لاشئ له) أى لهذا الرجل الزاعم لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أقرّ بانه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية على العاقلة فلا يصدق الا بحجة (قال معتق لرجل قتلت اخاك) مخاطبا به مولاه الذى أعتقه قتلا (خطأ و) الحال (أنا عبد وقال) المولى لا بل قتلته (بعد العتق فالقول للعبد) لانه منكر للضمان لانه يسنده الى حالة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا كان رقه معروفا فصار كقول البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبى أو مجنون أو بعت دارى كذلك وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله (وان قال) رجل (لها) أى لامته التى أعتقها (قطعت يدك و) الحال (أنت أمتى وقالت) هى لا بل قطعتها (بعد العتق فالقول لها) لانه أقرّ بسبب الضمان ثم ادّعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله (وكذا) القول قولها فى (كل ما أخذ منها) من المال لما ذكرنا استحسانا وهذا عندهما وقال محمد لا يضمن الا شيأ قائما بعينه يؤمر بردّه عليها كما فى الوطء والغلة ولهما ما ذكرناه (الا الجماع) أى الوطء بأن قال وطئتك وأنت أمتى وقالت لا بل بعد العتق (و) الا (الغلة) بان قال أخذت من غلتك وأنت أمتى وقالت لا بل بعد العتق فيكون القول قوله فيهما لانه يسند ذلك الى حالة معهودة منافية للضمان لان المولى اذا وطئ أمته المديونة لا يجب عليه العقر وكذا لو أخذ من غلتها لا يجب عليه الضمان وان كانت مديونة (عبد محجور أمر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته) أى دية المقتول (على عاقلة الصبى) لان المباشر هو الصبى للقتل وعمده وخطؤه سواء فيجب على عاقلته ولا شئ على العبد الآمر وكذا الحكم اذا كان الآمر للصبى صبيا لانهما لا يؤخذان بأقوالهما ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لا لنقصان أهلية العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبى لانه قاصر الاهلية وفى شرح الزيادات للعتابى لا ترجع العاقلة على العبد أيضا أبدا لان هذا ضمان جناية وهو على

المولى

المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا أوفق للقواعد (وكذا) الحكم (ان أمر) عبد محجور (عبدا) محجوا مثله فيخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الآمر فى الحال ويرجع بعد العتق بالاقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر فى دفع الزيادة وعلى قياس ماذكره العتابى لا يجب عليه شئ وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ وأما اذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من أهل العقوبة ولو أمر رجل حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبى لانه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الرجل لانه المسبب اذ لولا أمره بقتله لما قتله لضعف فيه (عبد قتل رجلين) قتلا (عمدا ولكل) واحد من المقتولين (وليان فعفا أحد وليى كل منهما) أى من المقتولين (دفع سيده) أى سيد العبد (نصفه) أى نصف العبد (الى الآخرين) وهما الوليان اللذان لم يعفوا (أو فداه) أى العبد (بالدية) الكاملة لانه بذلك العفو سقط القصاص فى الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاصان وجب أن ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفا أو دفع العبد غير ان نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما (وان قتل) العبد (أحدهما) أى أحد الرجلين فى المسئلة المذكورة حال كونه (عمدا) أى عامدا (و) قتل (الآخر) قتلا (خطأ فعفا أحد وليى العمد فدى) المولى (بالدية لوليى الخطا) وفدى (بنصفها) أى بنصف الدية (لاحد وليى العمد) وهو الذى لم يعف (أو دفعه) أى أو دفع المولى العبد (أثلاثا) أى من حيث الاثلاث ثلثيه لوليى الخطا وثلثه للساكت من وليى العمد بطريق العول لان حقهم فى الدية كذلك فيضرب وليا الخطا بعشرة آلاف ويضرب غير العافى من وليى العمد بخمسة آلاف وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يدفعه ارباعا بطريق المنازعة ثلاثة ارباعه لوليى الخطا وربعه لغير العافى من وليى العمد لان نصفه سلم لوليى الخطا بلا منازعة واستوت منازعتهم فى النصف الآخر فينصف (عبدهما) أى عبد رجلين (قتل قريبهما) أى قتل قريبا للرجلين كابيهما واخيهما (فعفا أحدهما) أى أحد الرجلين وهما الموليان (بطل الجميع) وفى نسخة بطل الكل ولا يستحق غير العافى منهما شيأ من العبد غير نصيبه الذى كان له من قبل عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعند أبى يوسف رحمه الله يدفع الذى عفا نصف نصيبه الى الآخر ان شاء وان شاء فداه بربع الدية لان حق القصاص لهما على الشيوع فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا غير أنه شائع فى كل العبد فيكون نصفه فى نصيبه فسقط ونصفه فى نصيب صاحبه وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع أو يفديه بربع الدية وله ان القصاص لما صار مالا صار بمعنى الخطا وفيه لا يجب شئ فكذا ما هو فى معناه

هذا (فصل) فى بيان ما يجب بقتل العبد (قتل عبد) قتلا (خطأ يجب قيمته ونقص عشرة لو كانت قيمته) تساوى (عشرة آلاف أو أكثر) منها (و) نقص (فى الامة عشرة من خمسة آلاف) عندهما وقال أبو يوسف يجب قيمته بالغة ما بلغت لما روى عن عمر وابنه وعلى رضى الله عنهم انهم

أوجبوا فى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت وبه قالت الثلاثة ولهما ماروى عن ابن مسعود رضى الله عنه هكذا (وفى) العبد (المغصوب يجب قيمته) حال كونها (بالغة ما بلغت) بالاجماع لان الغصب يرد على المال فكان الواجب بمقابلة المال فيجب بالغا ما بلغ (وما) أى الذى (قدر من دية الحر قدر من قيمته) أى من قيمة العبد ثم أوضح ذلك بقوله (ففى يده) أى فالواجب فى يد العبد (نصف قيمته) لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر اذ هو بدل الدم فيكون فى يده نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد فى الآدمى نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لدناءة مرتبته وقيل يضمن فى الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شئ لان الاطراف يسلك فيها مسلك الاموال وهو قول مالك وأحمد فى رواية الا فى الآمة والجائفة والمنقلة والموضحة فيقدر فيها ما يقدر فى دية الحر وهذا أمر شنيع لانه اذا كانت قيمته مثلا مائة ألف فانه بقطع يده يجب خمسون ألفا وبقتله عشرة آلاف الا عشرة وفى لحيته روايتان فى رواية الاصل يجب حكومة عدل وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجب كمال القيمة لان الجمال فى حقه مقصود أيضا (قطع يد عبد فحرره سيده فمات منه) أى من قطع اليد يعنى من سرايته (وله) أى العبد المذكور (ورثة غيره) أى غير المولى (لا يقتص) القاطع لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه فسقط القصاص (والا) أى وان لم يكن له غير المولى (اقتص منه) أى من القاطع عندهما وقال محمد لا يجب القصاص هنا أيضا الاختلاف سبب الولاية لان الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فتمكنت الشبهة فسقط القصاص ولهما التيقن بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه (قال) المولى لعبديه (أحدكما حر فشجا) أى العبدان شج كل منهما فى رأسه (فبين) المولى العتق (فى أحدهما) بعد الشج (فارشهما) أى أرش العبدين أى أرش شجتهما (للمولى) لان العتق لم يكن نازلا فى المعين فالشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (فقأ) رجل (عينى عبد) فمولاه بالخيار أشار اليه بقوله (دفع سيده عبده) المفقوء الى الفاقئ (وأخذ) منه (قيمته) كاملة (أو أمسكه) أى العبد (ولا يأخذ النقصان) أى نقصان القيمة عند أبى حنيفة وقالا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته وقال الشافعى يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقى الباقى على ملكه ولهما انه فى الجناية بمنزلة المال فاوجب ذلك تخيير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الاموال وله ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية أيضا غير مهدرة فيه وفى الاطراف ومن أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة ومن أحكامها أن ينقسم على الفائت والقائم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا بانه لا ينقسم اعتبارا للآدمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية (جنى مدبر او) جنت (أم ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش) لما روى عن أبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنه انه قضى بجناية المدبر على المولى بمحضر من الصحابة من غير نكير وكان يومئذ أميرا بالشام فكان اجماعا

ولان

ولان المولى صار مانعا بالتدبير تسليمه في الجناية وكذا بالاستيلاد من غير أن يصير مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل منهما لانه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا يخير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيده في جنس واحد لاختياره الاقل (فان دفع) المولى (القيمة) الى ولي الجناية (بقضاء) القاضي (فجنى) جناية (أخرى) بعد ذلك فلا شيء على المولى لان جناياته كلها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تعدى منه بدفعها الى ولي الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء واذا كان كذلك (شارك) المولى (الثاني) المولى (الاول) يعني شارك ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى فيقتسمانها على قدر حقهما (ولو) دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى (بغير قضاء) القاضي كان ولي الجناية الثانية بالخيار أشار اليه بقوله (اتبع) أي ولي الجناية الثانية (السيد) أي المولى بحصته من القيمة (أو) اتبع (ولي الجناية) الاولى عند أبي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه فعل عين ما يفعله القاضي وله انه في دفعه باختياره متعد في حق الثاني لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع بخلاف القاضي لان له ولاية عليه فينفذ عليه فاذا لم ينفذ فالثاني بالخيار على ما ذكرنا فاذا أخذ منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثاني وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترده منه وأم الولد كالمدبر في جميع ما ذكرناه والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك) أي فيما ذكر من العبد والمدبر والصبي)

(قطع) رجل (يد عبده) أي عبد نفسه (فغصبه) أي العبد (رجل ومات) العبد (منه) أي من قطع اليد يعني بالسراية (ضمن) الغاصب (قيمته) أي قيمة العبد حال كونه (أقطع) لان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته أقطع (وان قطع) المولى (يده) أي يد العبد المذكور (في يد الغاصب فمات منه) أي من القطع (برئ) الغاصب من الضمان لان السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا (غصب) عبد (محجور) عليه عبدا محجورا عليه (مثله فمات في يده ضمن) لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله وهذا منها فيضمن (مدبر جنى عند غاصبه) جناية فرده على مولاه (ثم جنى) (عند سيده) جناية أخرى (ضمن) السيد (قيمته) أي قيمة المدبر (لهما) أي لولي الجنايتين فتكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك على المولى لانه هو الذي عجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختارا للفداء وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في السبب (ورجع) المولى (بنصف قيمته على الغاصب) لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب وجد عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا رد (ودفعه) أي دفع المولى نصف القيمة التي أخذها من الغاصب (الى الاول) أي الى ولي الجناية الاولى عندهما وقال محمد لا يدفعها اليه لئلا يتكرر الاستحقاق ولهما أن حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى عليه لا يزاحمه أحد فيستحق كله وانما انتقص باعتبار

مزاحمة الثاني فاذا وجد شيأ من بدل العبد في يد المالك فارغا عن الحق أخذه ليتم حقه (ثم رجع) المولى (به) أي بالذي دفعه الى ولي الجناية الاولى (على الغاصب) عندهما لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كانه لم يرد ولم يضمن له شيأ اذ لم يبق شئ من العبد أو من بدله في يده (وبعكسه) أي بعكس ماذكر من الحكم المذكور (لا يرجع) المولى على الغاصب (به) أي بالذي دفعه (ثانيا) صورته ان المدبر جنى عند مولاه أولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ثم رده على المولى ضمن قيمته لوليي الجنايتين فتكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى بالاجماع ثم لا يرجع به هو على الغاصب بالاجماع لان الذي دفعه الى ولي الجناية الاولى ثانيا هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسئلة الاولى عندهما لان دفع المولى ثانيا الى ولي الجناية الاولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه به لما ذكرنا (و) حكم (القن كالمدبر) أي كحكم المدبر فيما ذكرناه ولا فرق بينهما (غير أن المولى يدفع العبد هنا) أي في حكم الغصب (و) يدفع (ثمة) أي هنالك أي في حكم الجناية بدون الغصب (القيمة) حتى اذا غصب رجل عبدا قنا فجنى في يده ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع به على الغاصب بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ثم يرجع به على الغاصب عندهما وعند محمد لا يدفع ما أخذه من الغاصب الى ولي الاولى بل يسلم له فلا يتصور الرجوع على الغاصب ثانيا عنده على ماذكرنا في المدبر فان جنى عند المولى أولا ثم غصبه فجنى في يده ثم رده الى المولى دفعه الى وليي الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه الى ولي الاولى ولا يرجع به ثانيا على الغاصب لما ذكرنا (مدبر جنى عند غاصبه فرد) أي الغاصب رد المدبر على المولى (فغصبه) أي الغاصب غصبه ثاني مرة (فجنى) المدبر عنده جناية أخرى قوله (على سيده) يتعلق بمحذوف تقديره ويجب على سيده (قيمته) أي قيمة المدبر (لهما) أي لوليي الجنايتين بينهما نصفان لانه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بينا (ورجع) المولى (بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فاستحق كله بسبب كان في يده فيرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فانه هنالك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان في يد المالك فيرجع عليه بالنصف لذلك (ودفع) المولى (نصفها) أي نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيا (الى الاول) أي الى ولي الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد (ورجع) المولى (بذلك النصف) الذي دفعه ثانيا الى ولي الجناية الاولى (على الغاصب) لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه به ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لانه استوفى حقه ولا الى ولي الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه (غصب) رجل (صبيا حرا فمات في يده) موتا (فجأة) أي بغتة (أو) مات (بحمى لم يضمن) لانه غير مباشر ولا مسبب حتى انه لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا (وان مات) الصبي المذكور عند الغاصب (بصاعقة او نهش حية فديته على عاقلة الغاصب) لانه مسبب وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ

وهو

وهو الولى فيضمن وذلك لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون فى كل مكان فأمكن حفظه عنه والقياس أن لا يضمن فى الوجهين وبه قال زفر والشافعى لعدم تحقق الغصب فى الحر (كصبى أودع) أى يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبى الذى أودع (عبدا فقتله) لان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على أصل الحرية فى حق الدم (وان أودع) الصبى (طعاما فأكله لم يضمن) عندهما وقال أبو يوسف يضمن لانه أتلف مالا معصوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه وبه قال الشافعى ولهما انه أتلف مالا غير معصوم لانه فوت العصمة على نفسه حيث وضعه فى يد غير مانعة فلا يبقى معصوما كما اذا أتلفه باذنه ورضاه ثم محمد رحمه الله شرط فى الجامع الصغير أن يكون الصبى عاقلا وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبى عمره اثنتا عشرة سنة وذلك دليل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر وعلى هذا لو أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان فى الحال عند أبى حنيفة ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبى يوسف والشافعى يؤاخذ به فى الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض فى العبد والصبى وكذا الاعارة فيهما والله أعلم

هذا (باب) فى بيان أحكام (القسامة)

وهى مصدر اقسم قسامة سمى بها هذا الباب لان مبناه على الايمان وهى مشروعة فيه بالاجماع (قتيل وجد فى محلة لم يدر) أى لم يعلم (قاتله) قيد به لانه اذا علم قاتله لا قسامة (حلف خمسون رجلا منهم) أى من أهل تلك المحلة (يتخيرهم) أى الخمسين (الولى) أى ولى القتيل لان اليمين حقه والحصر فى العدد واجب بالسنة وردت به الاخبار والباء فى بقوله (بالله) متعلق بقوله حلف أى حلف خمسون رجلا بالله (ما قتلنا) هذا القتيل (ولا علمنا له قاتلا) هذا على سبيل الحكاية عن الجمع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لجواز انه قتله وحده فيجترئ على يمينه بالله ما قتلنا يعنى جميعا ولا ينعكس لانه اذا قتله مع غيره كان قاتلا له وقال الشافعى اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ وهو قوله الصحيح وفى القديم اذا حلف أنهم قتلوه عمدا فله القصاص وبه قال مالك وأحمد وان نكل عن اليمين استحلف أهل المحلة فان حلفوا برئوا وان نكلوا حكم عليهم بالدية فالخلاف مع الشافعى فى موضعين أحدهما أن المدعى لا يحلف عندنا خلافا له والثانى فى براءة أهل المحلة باليمين واللوث ما يوقع فى القلب صدق المدعى من أثر دم على ثوب واحد بعينه أو عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وانما شرط اللوث لان مذهبه عند عدمه كمذهبنا لهم ما روى أن عبد الله بن سهل وجد قتيلا فى قليب من قلب خيبر فقال عمه يا رسول الله انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من قلب خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال أفتبرئكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بايمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه قالوا كيف نقسم على مالم نره فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر فسوى فى ذلك بين الدماء والاموال وحكم فيهما بحكم واحد وما رووه ضعفه جماعة من أهل الحديث

فلا يلزم حجة ولئن ثبت انما قال ذلك على سبيل الاستفهام انكارا عليهم لما لم يرضوا بأيمانهم فكأنه قال لهم ان اليهود وان كانوا كفارا ليس عليهم فيما يدعون عليهم غير أيمانهم وكما لا يقبل منكم وان كنتم مسلمين ايمانكم فتستحقون بها كذلك لا يجب على اليهود بدعوا كم عليهم غير أيمانهم والدليل على صحة هذا التأويل حكم عمر رضى الله عنه به بعد النبى عليه الصلاة والسلام بحضرة الصحابة رضى الله عنهم من غير انكار أحد منهم فصار اجماعا (فاذا حلفوا) اى الخمسون من أهل المحلة (فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولى) وقال الشافعى يحلف بعد ما حلف أهل المحلة فاذا حلف الاولياء قضى لهم بالدية ولا تجب بمجرد يمين أهل المحلة والدليل من الجانبين ما مر وهذا الذى ذكرناه اذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ لان المدعى عليهم لا يتميزون عن الباقى ولو ادعى على البعض بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ فكذلك الجواب واطلاق الكتاب يدل على ذلك وعن ابى يوسف فى غير رواية الاصول أن القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولى ألك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة مثله (وان لم يتم العدد) أى عدد خمسين نفرا (كرر الحلف عليهم) أى على من وجدوا أقل من الخمسين (ليتم خمسون) لان الخمسين واجب بالنص فيجب اتمامه ما أمكن (ولا قسامة على صبى ومجنون وامرأة وعبد) لانهم ليسوا من أهل النصرة (ولا قسامة ولا دية فى ميت لا أثر به) من جرح ونحوه (أو يسيل دمه من أنفه أو فمه أو دبره) لان القسامة تجب فى القتيل وهذا ليس بقتيل وانما مات حتف انفه فلا بد من أثر يكون بالميت يستدل به على أنه قتيل وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق فاذا لم يكن به شئ من الاثر لا يكون بفعل البشر فلا يكون قتيلا وكذا اذا خرج الدم من فيه أو ذكره أو دبره لان هذه المخارق يخرج منها الدم عادة فلا يستدل به على أنه قتيل (بخلاف) ما اذا سال الدم من (عينيه وأذنيه) ولو وجد بدن القتيل كله أو اكثر من نصفه أو النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف كان معه الرأس أو لم يكن فلا شئ عليهم ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شئ على أهل المحلة وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلقة وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا (قتيل) وجد (على دابة معها) أى مع الدابة (سائق أو قائد أو راكب فديته) أى دية القتيل (على عاقلته) أى على عاقلة السائق أو القائد أو الراكب دون أهل المحلة لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره وان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لان القتيل فى أيديهم دون أهل المحلة فصار كما اذا كان فى دارهم ولا يشترط أن يكونوا مالكين لها بخلاف الدار وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار وعن أبى يوسف لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قريبه الميت من مكان الى مكان للدفن وأما اذا كان على وجه الخفية فالظاهر أنه هو الذى قتله وان لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة (مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى) أى فالدية على (أقربهما) أى أقرب القريتين

لانه عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين القريتين فأمر أن يذرع (وان وجد) القتيل (فى دار انسان فعليه) أى فعلى صاحب الدار (القسامة) لانّ الدار فى يده (والدية على عاقلته) لانّ النصرة والقوة بهم وعند مالك لاقسامة ولادية (وهى) أى القسامة (على أهل الخطة) وهم الذى خطالهم الامام وقسم الاراضى بخطه ليميز انصباءهم (دون السكان) بضم السين جمع ساكن مثل المستأجرين والمستعيرين ونحوهما (والمشترين) عندهما وقال أبو يوسف الكل مشتركون لوجود القتيل بينهم والكل فى حفظ المحلة سواء وبه قالت الثلاثة ولهما أنهم اتباع لهم حتى لولم يكن الا واحد من أصحاب الخطة كرر عليه خمسون يمينا (فان لم يبق واحد منهم) أى من أهل الخطة (فعلى المشترين) بالاجماع لانّ الولاية انتقلت اليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما وعند أبى يوسف خلصت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم ثم اذا وجد فى دار انسان تدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حاضرين عندهما وعند أبى يوسف لاتدخل لانّ رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لايشاركهم فيها عواقلهم فصاروا كما اذا كانوا غائبين ولهما أنهم بالحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة (وان وجد) القتيل (فى دار مشتركة) بين جماعة انصباؤهم (على التفاوت) بأن كانت بين ثلاثة أنفس مثلا لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس (فهى) أى الدية مع القسامة (على عدد الرؤس) ولامعتبر بتفاوت الانصباء لانّ صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء (وان بيع) أى الدار ذكرها باعتبار المذكور (ولم يقبض) أى ولم يقبضها المشترى حتى وجد فيها القتيل (فعلى) أى فالضمان على (عاقلة البائع وفى الخيار) أى وفى البيع بالخيار لاحدهما (على ذى اليد) أى فعلى عاقلة الذى فى يده عند أبى حنيفة لانّ القدرة على الحفظ باليد وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذى يصير له كما فى صدقة الفطر (ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود انها) أى ان الدار التى وجد فيها القتيل (لذى اليد) أى لصاحب اليد لانّ اليد وان كانت تدل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الضمان على العاقلة كما لايكفى لاستحقاق الشفعة فى الدار المشفوعة ولا فرق فى ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار أو غيره عند أبى حنيفة على ما يأتى ان شاء الله (و) اذا وجد القتيل (فى الفلك) فالقسامة (على من فيها) أى فى الفلك (من الركاب) بضم الراء جمع راكب (والملاحين) جمع ملاح وهو النوتى لانه فى أيديهم فيستوى المالك وغيره فيه (و) اذا وجد (فى مسجد محلة) فالقسامة (على أهلها) أى على أهل محلة المسجد لانّ التدبير اليهم (و) اذا وجد (فى الجامع والشارع) وهو الطريق العام (لاقسامة ولادية) لانه لايختص بهما احد منهم (والدية) يعنى دية القتيل تكون (فى بيت المال) لانه مال للعامة وكذلك الجسور العامة والسوق العامة التى فى الشوارع وكذا لو وجد فى مسجد جماعة يكون فى السوق التى هى للعامة بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها أو التى فى المحال والمساجد التى فيها حيث يجب الضمان فيها على أهل المحلة أو على الملاك على الاختلاف وفى المنتقى اذا وجد قتيل فى صف من السوق فان كان أهل ذلك الصف يبيتون فى حوانيتهم فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد فى سجن فديته على بيت المال عندهما وعند أبى يوسف على أهله

(ويهدر) دم القتيل (لو) وجد (في البرية أو) وجد في (وسط الفرات) لان الفرات ليس في يد أحد ولا في ملكه اذا كان يمر به الماء بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق به الشفعة حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه وكذا البرية لا يد لاحد فيها حتى لو كانت مملوكة لاحد أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت يجب على المالك وعلى أهل القرية (ولو) كان القتيل (محتبسا بالشاطئ) أي شاطئ النهر (فهو) أي فالضمان (على أقرب القرى) من ذلك الموضع لان الشط في أيديهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم (دعوى الولي) أي ولي القتيل (على واحد من غير أهل المحلة) التي وجد فيها القتيل (تسقط القسامة عنهم) أي عن اهل المحلة الذي وجد فيها لان اليمين انما يلزم بالدعوى وكذلك الدية ولم يدع عليهم (و) دعواه (على) رجل (معين منهم) أي من أهل المحلة (لا) تسقط القسامة عنهم وهذا قياس وروى عن أبي حنيفة ومحمد أيضا أنها تسقط (وان التقى قوم بالسيوف فأجلوا) أي انكشفوا (عن قتيل فعلى) أي فالقسامة على (أهل المحلة) لان القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم (الا أن يدعى الولي على أولئك) القوم الذين التقوا بالسيوف (أو على) رجل (معين منهم) أي من القوم الذين التقوا بالسيوف فيبرأ أهل المحلة حينئذ ولا يثبت على المدعى عليه الا بحجة (وان قال المستحلف) بفتح اللام وهو الذي يطلب منه الحلف (قتله) أي قتل القتيل (زيد) استثناء في يمينه أشار اليه بقوله (حلف) أي المستحلف (بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا غير زيد) لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين وبقي حكم من سواه على حاله فيحلف عليه ولا يقبل عليه قول المستحلف أنه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه (وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتيل غيرهم) أي غير أهل المحلة (أو) شهادة بعضهم (على واحد منهم) أي من أهل المحلة عند أبي حنيفة لانهم تعينوا للخصومة لوجود القتيل بينهم وفيه تهمة وقالا تقبل اذا شهدوا على رجل من غيرهم لان الولي لما ادعى على غيرهم انتفت التهمة عنهم وبه قالت الثلاثة والله أعلم

هذا (كتاب) في بيان احكام (المعاقل)

على وزن المفاعل بالفتح (هي) أي المعاقل (جمع معقلة) بفتح الميم وسكون العين وضم القاف كمكرمة قال الشارح جمع معقلة بالضم قلت هذا لبس لان بقوله بالضم يتبادر الذهن الى ضم الميم وليس كذلك بل الضم للقاف والميم مفتوحة كما ذكرنا (وهي) أي المعقلة (الدية) يعني اسم للدية سميت بذلك لانها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسكها من عقلت البعير عقلا اذا حبسته بالعقال ومنه العقل لانه يمنع صاحبه عن القبائح (وكل دية وجبت بنفس القتل) أي بسبب القتل لذاته لا لامر آخر احترز به عما وجب بالصلح وبالاعتراف ومع سقوط القتل بشبهة كالاب في قتل ولده وما يجب بنفس القتل كشبه العمد والخطا يجب (على العاقلة) أي على الجماعة الذين يعقلون العقل أي الدية لقوله عليه الصلاة والسلام في الجنين قوموا فدوه وقضى عمر رضي الله عنه بالدية في الخطا على العاقلة بحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف (وهي) أي العاقلة (أهل الديوان) وهم أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان وهذا عندنا وعند الشافعي على أهل العشيرة وهم العصبات لانهم كانوا العاقلة على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام فتبقى كذلك بعده لامتناع النسخ بعده وبه قال مالك وأحمد

ولنا ماروينا من قضاء عمر رضى الله عنه على أهل الديوان من غير نكير فانعقد اجماعا (ان كان القاتل منهم) أى من أهل الديوان وان لم يكن منهم بل من قوم تناصرهم بالحرف فعاقلته أهل حرفته لان أهل النصرة كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعد من قبيله وفى عهد عمر رضى الله عنه كانت بالديوان فجعلها على أهله فاليوم ان كان هو من أهل الديوان والا فعلى أهل حرفته وان لم يكن فعلى أهل حلفه (تؤخذ) الدية (منهم) أى من أهل الديوان (من عطاياهم) بدل من قوله منهم أى تؤخذ من عطاياهم (فى ثلاث سنين) كذا روى عن النبى عليه السلام وحكى عن عمر رضى الله عنه (فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل منها) أى من ثلاث سنين (أخذ منها) أى من العطايا لانه انما وجبت فيها تخفيفا فاذا حصل فى أى وقت حصل المقصود فيؤخذ منه وان تأخر خروج العطايا لم يطالبوا بشئ قال الشارح هذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء ولو خرج عطايا ثلاث سنين مستقبلة فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لانها بعد الوجوب واذا كان الواجب ثلث الدية أو أقل يجب فى سنة واذا كان أكثر منه يجب فى سنتين الى تمام الثلثين ثم اذا كان أكثر منه الى تمام الدية يجب فى ثلاث سنين لان جميع الدية فى ثلاث سنين فيكون كل ثلث فى سنة ضرورة والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب فى ثلاث سنين وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا وانقلب القصاص بالشبهة مالا وقال الشافعى ما وجب على القاتل فى ماله يكون حالا وقد مر بيانه مستوفى (ومن لم يكن ديوانيا) بأن لم يكن له اسم فى الديوان (فعاقلته قبيلته) وهى عصبته النسبية والقبيلة بنو أب واحد (يقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يؤخذ من كل واحد منهم فى كل سنة الا درهم أو درهم وثلث فلم يرد ما على كل واحد) منهم (من كل الدية فى ثلاث سنين على أربعة) دراهم وينقص منها وذلك لاجل التخفيف فيؤخذ منه فى كل سنة درهم وثلث وهو الاصح نص عليه محمد وعند الشافعى وأحمد فى رواية على الغنى نصف دينار وعلى المتوسط ربعه فيقسم على قومه بحسب ذلك وفى قول من الشافعى يختار الحاكم منهم من شاء وعند مالك وأحمد فى رواية أخرى لا تقدير فتحمل بحسب الطاقة (وان لم تتسع القبيلة لذلك) أى لتقسيط الدية على كل واحد فى أربعة أو ثلاثة (ضم اليهم) أى الى القبيلة (أقرب القبائل نسبا) أى من جهة النسب (على ترتيب العصبات) ليتحقق معنى التخفيف وترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم وأما آباء القاتل وأبناؤه فقد قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون قالوا هذا فى حق العرب لانهم حفظوا أنسابهم فأمكن ايجابه على أقرب القبائل وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا يمكن ذلك فى حقهم فاذا لم يمكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم تعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقى فى مال الجانى (والقاتل كاحدهم) أى كواحد من العاقلة لانه هو القاتل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره به وقال الشافعى لا يجب على القاتل شئ من الدية لانه معذور ولنا ماذكرنا (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (قبيلة مولاه) لان نصرته بهم (ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته) أى قبيلة مولاه الذى عاقده لان العرب تتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وقال الشافعى لا يجب عليهم شئ وقد مر فى الولاء (ولا تعقل عاقلة جناية العبد والعمد ولا ما لزم بالصلح

ولا) مالزم (اعترافا) أى من حيث الاعتراف لورود الحديث به وقد ذكرناه فيما مضى وفى بعض النسخ ولا مالزم صلحا أو اعترافا وكلاهما منصوبان على التمييز (الا أن يصدقوه) أى الا أن يصدق العاقلة المقر المعترف فى اقراره لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم والامتناع كان لحقهم وقد زال أو تقوم البينة لان ماثبت بالبينة كالمشاهد وتقبل البينة هنا مع الاقرار وان كانت لاتعتبر معه ثم ما يثبت بالاقرار يجب مؤجلا وما يثبت بالصلح حال الا اذا شرط التأجيل فى الصلح وقد عرف فى موضعه (وان جنى حر على عبد) جناية (خطأ) بأن قتله لان العاقلة لاتحمل أطراف العبد (فهى) أى الدية (على عاقلته) لانه آدمى فتحمله العاقلة كالحر وقال الشافعى لاتحمل النفس كما لاتحمل الاطراف وفى الحديث لاتعقل العاقلة عمدا ولا عبدا قلنا المراد بالحديث جنايته أى لايعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد ونحن نقول به لان جنايته توجب دفعه الا أن يفديه المولى والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الوصايا)

انما أخر هذا الكتاب عن سائر الكتب المذكورة لان آخر الانسان الموت فكذلك الوصية تكون آخر الامر وهى جمع وصية من أوصى يوصى ايصاء ووصية ووصى يوصى توصية ووصاية بفتح الواو وقصر الالف بمعنى الوصية وبكسرها مصدر أيضا ويقال أوصى الى فلان بكذا أى جعله وصيا وذلك موصى اليه وأوصى لفلان بكذا أى جعل له من ماله وذلك موصى له وفى الشرع (الوصية تمليك مضاف الى مابعد الموت) يعنى بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة (وهى) أى الوصية (مستحبة) لانها اثبات حق فى ماله فلم تكن واجبة كالهبة والعارية ومنهم من قال بوجوبها وليس بصحيح ومنهم من قال بوجوبها للوالدين والاقربين بآية البقرة وليس استدلالا بصحيح لانها منسوخة بآية النساء وانما تكون مستحبة اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى وان كان عليه حق مستحق لله تعالى كالزكاة والصيام أو الحج أو الصلاة فهى واجبة (ولا تصح) الوصية (بما زاد على الثلث) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث صحيح طويل الثلث والثلث كثير (ولا) تصح أيضا (لقاتله) لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل هو باطلاقه يتناول القاتل مباشرة عمدا كان أو خطأ بخلاف السبب لان السبب ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله (ووارثه) أى ولا تصح لوارثه أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث فيعتبر كونه وارثا أو غير وارث عند الموت لا وقت الوصية حتى لو أوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه لو أوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ والهبة والصدقة من المريض لوارثه فى هذا نظير الوصية واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا أو غير وارث عند الاقرار حتى لو أقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا له بعد ذلك ولكن شرطه أن يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار حتى لو أقر لابنه وهو عبد ثم أعتق قبل موت الاب جاز اقراره لان ارثه بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية وكذا لو أقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره لها وأما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لا يصح كما لو أقر لاخيه المحجوب بابنه ثم مات ابنه وقوله (ان لم تجز الورثة) راجع الى الثلاثة المذكورة وهى الوصية بما زاد على

الثلث وللقاتل وللوارث لان الامتناع في الكل لحقهم فيجوز باجازتهم وقال أبو يوسف لا تجوز الوصية للقاتل باجازة الورثة ويشترط أن يكون المجيز من أهل التبرع بأن يكون بالغا عاقلا وان أجاز البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه لا على غيره ولا معتبر باجازتهم في حال حياة الموصى فلهم أن يرجعوا بعد موت الموصى ويردوا تلك الاجازة لانها وقعت ساقطة بخلاف ما اذا أجازوها بعد موته حيث لا يكون لهم أن يرجعوا عنه لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم ثم اذا صحت الاجازة بعد موته يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم ولو أعتق عبدا في مرضه ولا مال له غيره وأجاز الورثة العتق كان الولاء كله للميت ولو كان الوارث متزوجا بجارية المورث ولا مال له غيرها فأوصى بها لغيره فأجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه وقال الشافعي يملك الموصى له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده ويكون له ثلثا الولاء في مسئلة العتق ويفسد النكاح لان الميت لا حق له الا في الثلث (ويوصى المسلم للذمى) أى للكافر من أهل الكتاب الذى في دارنا بغير اجازة الورثة (وبالعكس) وهو وصية الذمى للمسلم وهذان بالاجماع ولا تصح للحربى عندنا خلافا للثلاثة (وقبولها) أى قبول الوصية (بعد موته) أى بعد موت الموصى لان أوان ثبوت حكمها بعده فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله وقال زفر اذا رد الوصية في حال حياة الموصى لم يجز قبوله بعد موته لان ايجابه كان في حياته وقد رده فبطل ولنا ما قلنا (وبطل ردها) أى رد الوصية (وقبولها في حياته) أى في حياة الموصى لما ذكرنا وكان ينبغي أن يقال فبطل ردها بالفاء فافهم (وندب) أى استحب (النقص من الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان في التنقيص صلة القريب وقوله عليه الصلاة والسلام أن تدع ورثتك أغنياء خير لك الحديث (وملك الموصى له (بقبوله) الوصية وقال زفر والشافعي يملك بدون القبول لانها خلافة فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث ولنا أنه تمليك بعقد فيتوقف على القبول كالتمليك بالهبة والتحقيق في هذا المقام أن قبول الموصى له بالوصية ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط افادة الملك للموصى له حيث لا يثبت الملك بالوصية قبل القبول لانها تشبه الارث من وجه من حيث انها تملك بالموت وتشبه الهبة من وجه من حيث انها تملك بتمليك الغير ولهذا تبطل الوصية بالخمر وان كان الخمر يورث فاعتبرناها بالهبة في حق القبول ما دام المقبول موهوبا من الموصى له فقلنا بأنها لا تملك قبل القبول واعتبرنا بالارث بعد القبول فقلنا ان الموصى له يملكها بعد القبول من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان (الا أن يموت) استثناء من قوله وملك بقبوله أى الا أن يموت (الموصى له بعد موت الموصى قبل قبوله) الوصية (فانه) أى فان الموصى له (يملكه) أى يملك الموصى به (بدون القبول) أراد أنه يدخل في ملك ورثة الموصى له استحسانا كالبيع الذى شرط فيه الخيار للمشترى وان كان القياس بطلانها لعدم القبول (ولا تصح وصية المديون ان كان دينه محيطا) بماله لان الدين مقدم عليها لانه أهم لكونه فرضا (و) لا تصح أيضا وصية (الصبى) وقال الشافعي تصح وصيته اذا كانت في وجوه البر لانه نافع في حقه وبه قال مالك وأحمد ولنا أنه تبرع وهو ليس من أهله وما ترك على ورثته يحصل له الثواب وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز تلك الوصية لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا أدركت فثلث مالى لفلان

وصية (و) كذا لا تصح وصية (المكاتب) لانه تبرع وهو ليس من أهلها فوصيته على ثلاثة أقسام أحدها باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من أعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة والثاني يجوز بالاجماع وهو ما اذا أضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بأن قال اذا عتقت فثلث مالي وصية لفلان أو أوصيت بثلث مالي له حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة أو غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات ولو مات عن وفاء بطلت الوصية والثالث مختلف فيه وهو ما اذا قال أوصيت بثلث مالي لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند أبي حنيفة خلافا لهما (وتصح الوصية للحمل) لانها استخلاف من وجه والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في الوصية (وبه) أي وبالحمل أي ويصح به أيضا لانه يجري فيه الارث فتجري فيه الوصية وشرط في الهداية أن يولد لاقل من ستة أشهر أشار الشيخ اليه بقوله (ان ولدت) أي المرأة ذلك الحمل (لاقل مدته) أي لاقل مدة الحمل وهي ستة أشهر (من وقت الوصية) وقال في النهاية من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية من غير تفصيل وفي الكافي ذكر ما يدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان أوصى به يعتبر من وقت الموت (ولا تصح الهبة له) أي للحمل لان الهبة من شرطها القبول ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلي عليه أحد حتى يقبض عنه فصار كالبيع (وان أوصى بأمة الا حملها صحت الوصية والاستثناء) لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا فاذا أفرد الام بالوصية صح افراده (وله) أي للموصي (الرجوع) عن الوصية (قولا) أي من حيث القول وهو ظاهر (وفعلا) أي من حيث الفعل (بأن باع) الموصى به (أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة) لانها تبرع فجاز الرجوع عنها مطلقا كما في الهبة قبل القبض (والجحود) أي الانكار بأن قال له رجل هل أوصيت فأنكر (لا يكون رجوعا) عند محمد لان الجحود نفي الاصل فلا يجامعه الرجوع اذ الرجوع يستلزم الاثبات وبه يفتى فلذلك اختاره الشيخ وعند أبي يوسف هو رجوع لان الجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا وبه قالت الثلاثة وفي العيون الفتوى على قول أبي يوسف ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام أو ربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الوصية بثلث المال)

(أوصى) رجل (له) أي لفلان مثلا (بثلث ماله و) أوصى (لآخر) بثلث ماله (ولم تجز الورثة) الوصيتين (فثلثه) أي فثلث مال الموصي (لهما) أي للموصى لهما المذكورين لان الثلث يضيق عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق (وان أوصى لآخر بسدس ماله) يعني بعد أن أوصى لزيد مثلا بثلث ماله (فالثلث) أي فثلث ماله (بينهما) أي بين الاثنين (أثلاثا) أي من حيث الاثلاث فيقسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس سهما لانه الاقل فصارت ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان (وان أوصى لاحدهما) أي لاحد الاثنين (بجميع

ماله ولا آخر بثلث ماله ولم تجز) الورثة ذلك (فثلثه) أى فثلث ماله (بينهما) أى بين الاثنين (نصفان) عند أبى حنيفة (ولا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث) عنده (الا فى) ثلاث مسائل احداها (المحاباة و) الثانية (السعاية و) الثالثة (الدراهم المرسلة) أى المطلقة وعندهما الثلث بينهما أرباعا سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الوصية أخت الميراث والوارث يضرب بكل حقه فى التركة فكذا هذا وبه قالت الثلاثة وله أن الموصى له يضرب بما يستحقه وهو لا يستحق ما وراء الثلث الا باجازة الورثة ولم يوجد بخلاف الدراهم المرسلة وأختيها الا ان لها نفاذا فى الجملة بدون اجازة الورثة بأن كان فى المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا صورة المحاباة أن يكون له عبدان قيمة احدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع واحد منهما بمائة درهم لفلان والآخر بمائة لفلان آخر فقد حصلت المحاباة لاحدهما بألف درهم ولآخر بخمسمائة فان خرج ذلك من ثلث ماله أو أجازت الورثة جاز ذلك وان لم يكن له مال غيرهما ولم تجز الورثة جاز محاباتهما بقدر الثلث فيكون الثلث بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا وجب أن لا يضرب الموصى له بالالف على قياس قوله بأكثر من خمسمائة وستة وستين وثلثى درهم لان عنده الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث وهذا ثلث ماله صورة السعاية أن يوصى بعتق هذين العبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما فان أجازت الورثة يعتقان معا وان لم تجز الورثة يعتقان من الثلث وثلث ماله ألف الثلث للذى قيمته ألف فيعتق منه هذا القدر مجانا وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم ويسعى فى الباقى وهو الثلثان ستمائة وستة وستون وثلثا درهم والثلثان للذى قيمته ألفان فيعتق منه هذا القدر بلا سعاية وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم ويسعى فى الباقى وهو ألف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فلو كان كسائر الوصايا وجب أن يسعى الذى قيمته ألف فى خمسمائة نصف قيمته والذى قيمته ألفان فى ألف وخمسمائة ثلاثة أرباع قيمته لانه حينئذ لا يضرب الذى قيمته ألفان الا بالف فوجب أن يكون بينهما نصفان صورة الدراهم المرسلة أن يوصى لاحدهما بألف ولآخر بألفين وثلث ماله ألف ولم تجز الورثة يكون الثلث بينهما أثلاثا يضرب كل واحد منهما بقدر حقه فللموصى له بالالف ثلثه ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم وللموصى له بالفين ضعفه ستمائة وستة وستون وثلثا درهم وكان قياس اصل أبى حنيفة أن يكون الالف بينهما نصفين (و) لو أوصى لزيد مثلا (بنصيب ابنه بطل) الايصاء (و) لو أوصى (بمثل نصيب ابنه صح) الايصاء وقال زفر كلاهما صحيح لان الجميع ماله فى الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا أوصى بمثل نصيب ابنه لان مثل الشئ غيره (فان كان له) أى للموصى (ابنان فله) أى فللموصى له (الثلث) والقياس أن يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه أوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف وجه الاول انه قصد أن يجعل له مثل ابنه لا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك بأن يجعل الموصى له كاحدهم (و) لو أوصى لزيد مثلا (بسهم) من ماله

(أو جزء من ماله فالبيان) أى فبيان ذلك (الى الورثة) فيقال لهم أعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى فكان اليهم بيانه وسوّى الشيخ ههنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروى عن أبى حنيفة ان السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه وفى المجمع ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس السهام يعنى عند أبى حنيفة ولا يزاد على السدس لان مخرج السدس أعدل المخارج فلا يتجاوز عنه كما فى الاقرار وقالا له أخس سهام الوصايا الا ان يزيد على الثلث فيكون له الثلث لان محل الوصية الثلث وبه قال أحمد فى رواية وعند الشافعى له ماشاءت الورثة وعن بعض المالكية له الثمن والحظ والنصيب والشئ كالجزء (قال) الموصى (سدس مالى لفلان ثم قال) الموصى أيضا (له ثلث مالى له) أى للموصى له (ثلث ماله) لان الثلث متضمن للسدس فيدخل فيه فلا يتناول أكثر من الثلث (وان قال سدس مالى لفلان ثم قال) الموصى أيضا (له سدس مالى له) أى للموصى له (السدس) يعنى سدس واحد سواء قال ذلك فى مجلس واحد أو فى مجلسين لان المعرف اذا أعيد معرفا كان الثانى عين الاول (وان أوصى بثلث دراهمه أو) أوصى بثلث (غنمه فهلك ثلثاه) أى ثلثا الدراهم أو ثلثا الغنم وتذكير الضمير باعتبار المال (له) أى للموصى له (ما بقى) من الدراهم أو الغنم وقال زفر له ثلث ما بقى من ذلك النوع لان التركة مشتركة بين حقين فما هلك هلك عليهما وبه قال مالك ولنا ان الوصية تعلقت بثلث هذه فاذا هلك الثلثان تعين الثلث لذلك (ولو) كان الباقى بعد هلاك الثلثين (رقيقا أو ثيابا أو دورا) بأن كان أوصى بثلث رقيقه أو ثيابه أو دوره فهلك ثلثا ذلك وبقى الثلث (له) أى للموصى له (ثلث ما بقى) كما قال زفر فى المسئلة السابقة لان الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الاول على ما بينا قالوا هذا اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة وان كانت من جنس واحد فهى بمنزلة الدراهم وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم وقيل هذا قول أبى حنيفة فى الرقيق والدور وقيل هو قول الكل (و) لو أوصى (بألف) درهم (وله عين ودين فان خرج) الالف (من ثلث العين دفع اليه) أى الى الموصى له لامكان ايفاء حقه (والا) أى وان لم يخرج الالف من ثلث العين (فثلث العين) أى فيدفع اليه ثلث العين (وكل ما خرج) شئ بعد ذلك (من الدين فله) أى فللموصى له (ثلثه حتى يستوفى) حقه وهو (الالف) لان الموصى له شريك الوارث فى الحقيقة (و) اذا أوصى (بثلثه لزيد وعمرو وهو) أى عمرو (ميت لزيد كله) أى كل الثلث لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو أهل لها كما اذا أوصى لزيد وجدار وعن أبى يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لانه حينئذ يكون لغوا (ولو قال) ثلث مالى (بين زيد وعمرو) والحال ان عمرا ميت كان (لزيد نصفه) أى نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف (و) لو أوصى (بثلثه له) أى لشخص (و) الحال انه (لا مال له) وقت الوصية كان له أى للموصى له (له ثلث ما ملكه عند موته) لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية أو قبلها بعد أن لم يكن الموصى به عينا أو نوعا معينا وأما اذا أوصى بعين أو بنوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته تبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما آخر او

عيناً أخرى بعد ذلك لا يتعلق حق الموصى له بذلك ولو لم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح (و) لو أوصى (بثلثه لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين) يعني سوى بين هؤلاء في الثلث (لهن) أي لامهات الاولاد (ثلاثة) أسهم من خمسة أسهم (وسهم للفقراء وسهم للمساكين) عندهما وعند محمد يقسم اسباعا لان المذكور بلفظ الجمع أدناه في الميراث اثنان وأمهات الاولاد ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم اسباعا ولهما ان اسم الجنس المحلى بالالف واللام يتناول الادنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بهما لانه يراد بهما الجنس اذا لم يكن معهودا ولا يحتمل ما بينهما فيتعين الادنى لتعذر ارادة الكل ولهذا لو حلف لا يشترى العبيد يحنث بالواحد فيتناول من كل فريق واحدا وأمهات الاولاد ثلاث فبلغ السهام خمسة (و) لو أوصى (بثلثه لزيد وللمساكين) كان (لزيد نصفه ولهم) أي وللمساكين (نصفه) عندهما وعند محمد ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين والوجه ماذكرنا ولو أوصى للمساكين كان له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند محمد لا يصرفه الى أقل من اثنين بناء على ماذكرنا (و) لو أوصى (بمائة) درهم (لرجل و) أوصى (بمائة) درهم (لآخر) أي لرجل آخر (فقال) أي الموصى (لآخر) أي لشخص آخر غير الاثنين المذكورين (أشركتك معهما) أي مع الاثنين اللذين أوصى لكل منهما بمائة (له) أي للموصى له الثالث (ثلث كل مائة) من مائة الموصى له الاول ومائة الموصى له الثاني لان الشركة للمساواة لغة وقد أمكن اثباتها بين الكل لاستواء المالين فيأخذ كل واحد منهم ثلث المائة (و) لو أوصى (بأربعمائة) درهم (له) أي لشخص (و) أوصى (بمائتين لآخر) أي لشخص آخر (فقال) أي الموصى (لآخر) أي لشخص آخر ثالث (أشركتك معهما) أي مع الاثنين المذكورين كان (له) أي للموصى له الثالث (نصف ماللكل) واحد (منهما) أي من الموصى له الاول والموصى له الثاني لعدم امكان المساواة لتفاوت المالين فحمل على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين (وان قال) رجل (لورثته لفلان علي دين فصدقوه) أي فصدقوا الفلان فيما قال (فانه) أي فان فلانا المذكور (يصدق الى الثلث) لانه لا يمكن تنفيذ قصده الا بطريق الوصية فكانه قال لورثته اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فأعطوه من مالي شيأ فهذا معتبر فكذا هذا فيصدق الى الثلث ولو ادعى أكثر من ذلك لا يصدق لان قول المورث فصدقوه مخالف للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر جعله اقرارا مطلقا فيصير نظير من يقول كل من ادعى علي شيأ فأعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع فجعل وصية على ماذكرنا (فان أوصى) الرجل المذكور (بوصايا) مع قوله لفلان علي دين فصدقوه (عزل الثلث) أي ثلث ماله (لاصحاب الوصايا و) عزل (الثلثان للورثة وقيل للكل) واحد من الفريقين (صدقوه) اى فلانا (فيما شئتم) لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيأخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثي ما أقروا تنفيذا الاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره (وما بقي من الثلث فللوصايا) أي فلاصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين (و) لو أوصى رجل (لاجنبي ووارثه له) اى

للاجنبي (نصف الوصية وبطل وصيته للوارث) لانه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل فيما لا يملك بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من أهلها ولهذا يصح باجازة الورثة فافترقا قال التمرتاشي هذا اذا تصادقا أما اذا أنكر الاجنبي شركة الوارث أو انكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة الاجنبي عند محمد لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في حقه وتثبت في حق نصيب الآخر وعندهما تبطل في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي وانما أوجبه مشتركا بينهما فيبطل (و) اذا أوصى (بثياب) ثلاثة (متفاوتة) جيد ووسط وردىء (لثلاثة) أنفس لكل واحد منهم بثوب (فضاع ثوب) منها (ولم يدر) أي ولم يعلم (اى) ثوب هو (والوارث) يجحد ذلك بأن (يقول لكل) واحد منهم (هلك حقك) أو حق أحدكم ولا أدري من هو فلا أدفع اليكم شيأ (بطلت) الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصي فتبطل كما اذا أوصى لاحد الرجلين (الا أن يسلموا) أي الورثة (ما بقي) من الثياب فحينئذ تصح الوصية لانها كانت صحيحة في الاصل وانما بطلت لجهالة طارئة مانعة من التسليم فاذا سلموا الباقي زال المانع فعادت صحيحة على ما كانت فيقسم بينهم (فلذي الجيد) أي فيعطى لصاحب الثوب الجيد (ثلثاه) أي ثلثا الثوب الجيد (و) يعطى (لذي الرديء) أي لصاحب الثوب الرديء (ثلثاه) أي ثلثا الثوب الرديء (و) يعطى (لذي الوسط) أي لصاحب الثوب الوسط (ثلث كل) واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لان الاثنين اذا اقتسما على ثلاثة أصاب كل واحد منهم الثلثان وانما قسم هكذا طلبا للتسوية في ايصال الحق الى كل واحد فصاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين وصاحب الرديء لا حق له في الجيد بيقين وصاحب الوسط يحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن كان الهالك أجود ويحتمل أن يكون في الرديء بأن كان الهالك أردأ أو يحتمل أن لا يكون له حق فيهما بأن كان الهالك هو الوسط فيعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل أن يكون هو له على ما ذكرنا (و) اذا أوصى أحد الاثنين (ببيت عين) أي معين (من دار مشتركة) بينهما الرجل (وقسم الدار (ووقع) البيت (في حظه) أي في نصيبه أي في نصيب الموصي (فهو) أي البيت (للموصى له والا) أي وان لم يقع في نصيبه بأن كان وقع في نصيب الآخر فللموصى له (مثل زرعه) أي زرع البيت عندهما وقال محمد له نصف البيت ان وقع في نصيب الموصي وان وقع في نصيب الآخر كان له مثل زرع نصف البيت لانه أوصى بملكه وملك غيره فينفذ في ملكه ويتوقف الباقي على اجازة صاحبه ثم اذا أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لانه عين ما أوصى به وان وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت ولهما انه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة فيتعين اذا وقع في نصيبه والا فيدله مثل زرعه ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم عند محمد تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهم بنصف الدار الا نصف البيت الذي صار له وهو خمسة وأربعون ذراعا ونصيب الميت من الدار خمسون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة أسهم وعندهما يقسم على خمسة

أسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم بنصيبه كله الا البيت الموصى به
وهو أربعون ذراعا فيجعل كل عشرة أذرع سهما فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة
لهم (والاقرار) ببيت معين من دار مشتركة (مثلها) أى مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله ان
وقع البيت فى نصيب المقر عندهما وان وقع فى نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد يؤمر
بتسليم النصف أو قدر النصف وقيل محمد معهما فى الاقرار (و) لو أوصى رجل (بألف) درهم
(عين) أى بعينها (من مال) شخص (آخر فأجاز رب المال) هذه الوصية (بعد موت الموصى ودفعه
اليه) أى الى الموصى له (صح) الايصاء لانه نفذه (وله) أى لصاحب المال (المنع بعد الاجازة)
لانه تبرع بمال الغير فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات (وصح اقرار أحد الابنين بعد
القسمة) أى بعد ان اقتسما تركة أبيهما وهو ألف درهم مثلا (بوصية أبيه) لفلان مثلا بثلث
ماله وقوله (فى ثلث نصيبه) يتعلق بقوله صح أى صح اقراره فى ثلث نصيبه يعنى يعطيه ثلث
نصيبه لانه أقر بثلث شائع فى جميع التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا له بثلث ما فى يده وبثلث
ما فى يد أخيه فيقبل اقراره فى حق نفسه دون حق أخيه فيعطيه ثلث ما فى يده وهذا استحسان
والقياس أن يعطيه نصف ما فى يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له يتضمن اقراره بمساواته
اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف (و) اذا أوصى لرجل (بأمة فولدت بعد موته)
أى موت الموصى ولدا (و) كلاهما (خرجا من ثلثه فهما) أى الجارية والولد (له) أى للموصى له
لان الام دخلت فى الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها (والا) أى وان لم يخرجا
من الثلث ضرب الموصى له بالثلث ثم (أخذ منها) أى من الامة ما يخصه فان فضل شئ أخذه من
الولد وهو معنى قوله (ثم) أخذ (منه) أى من الولد وهذا عند أبى حنيفة وقالا يأخذ ما يخصه
منهما جميعا لان الولد دخل فى الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال
وله ان الام أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض
الوصية فى بعض الاصل وذلك لا يجوز هذا اذا ولدته قبل القبول وقبل القسمة وان ولدته
بعدهما فهو للموصى له لانه نماء ملكه خالصا وان ولدته بعد القبول وقبل القسمة ذكر القدورى
انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال ومشايخنا
قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول وان ولدته قبل موت
الموصى لم يدخل تحت الوصية فيكون لورثته كيفما كان والكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا
(و) لو اوصى (لابنه الكافر أو) أوصى لابنه (الرقيق فى مرضه فأسلم) الابن (أو عتق) قبل موت
الاب ثم مات فى ذلك المرض (بطل) ايصاؤه له لان المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا يجوز
له (كهبته) أى كبطلان هبته لابنه الكافر أو الرقيق ثم أسلم الابن قبل موت الاب ثم مات من
ذلك المرض لان هبة للوارث فلا تصح (و) كبطلان (اقراره) فى مرض موته لابنه الكافر أو
الرقيق بشئ ثم أسلم أو عتق قبل موت الاب لانه اقرار للوارث فلا يصح اما اذا كان الابن كافرا
فلا اشكال فيه وأما اذا كان رقيقا فان كان عليه دين لا يصح الاقرار له لانه وارث عند الموت
وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى اذ العبد لا يملك وقيل الهبة له جائزة لانها تمليك
فى الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو أجنبى فيجوز بخلاف الوصية وفى عامة الروايات هى

كالوصية فى المرض والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة تصح له وهو وارث عند الموت فلا يجوز كالوصية (والمقعد) بضم الميم وفتح العين وهو المكسح (والمفلوج والاشل والمسلول) وهو الذى به انطلاق البطن المستمر (ان تطاول ذلك) أى المرض الذى كل واحد من هؤلاء مبتلى به (فلم يخف منه) أى من ذلك المرض الذى ابتلى به (الموت) فحكمه حكم الاصحاء لانه بتقادم العهد صار طبعا من طباعه كالعمى والعرج فاذا كان كذلك (فهبته) تكون (من كل المال) كالاصحاء (والا) أى وان لم يكن كذلك بأن لم يتطاول عليه ذلك بحيث قد خاف منه فانه يكون حكمه كحكم المريض مرض الموت لانه حينئذ يكون سببا للموت غالبا فاذا كان كذلك (فمن الثلث) أى فتكون هبته من ثلث المال كالمريض مرض الموت

هذا (باب) فى بيان أحكام (العتق فى المرض)

أى فى مرض الموت (تحريره) أى تحرير الرجل عبده (فى مرضه ومحاباته) أى ومحاباة الرجل فى مرضه وهى من الحباء وهو العطاء وصورتها ان يبيع المريض مايساوى مائة بخمسين أو يشترى مايساوى خمسين بمائة فالزائد على قيمة المثل فى الشراء والناقص فى البيع محاباة حكمها حكم الوصية (وهبته) أى هبة الرجل فى مرضه وهو عطف على قوله تحريره وهو مبتدأ وقوله (وصية) خبرله ولما عطف عليه يعنى حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث (ولم يسع) العبد (ان أجيز) أى التحرير يعنى ان أجازت الورثة العتق فى المرض فلا سعاية على المعتق لان المنع كان لحقهم فيسقط بالاجازة (فان حابى) المريض (فحرر) يعنى أعتق اراد انه اذا حابى ثم أعتق (فهى) أى المحاباة (أحق) من التحرير يعنى أولى منه (وبعكسه) أى وبعكس الحكم المذكور وهو ان يعتق أولا ثم يحابى (استويا) أى العتق والمحاباة وهذا (عند أبى حنيفة) وعندهما سواء فى المسئلتين وهذا على أربعة أوجه الاولان ماذكرنا والثالث ان يعتق ثم يحابى ثم يعتق فيقع المحاباة بين عتقين والرابع ان يحابى ثم يعتق ثم يحابى فيقع العتق بين المحاباتين فان خرج الكل من الثلث نفذت ولا خلاف فيها فان ضاق الثلث عنها قال أبو حنيفة فى الاول تنفذ المحاباة فان فضل شئ من الثلث فللعتق وقالا العتق أولى فان فضل شئ فللمحاباة وقال فى الثانى يشتركان (وقالا ينفذ) العتق فان فضل شئ فللمحاباة وقال فى الثالث يصرف نصف الثلث للمحاباة لانها تشارك العتق الاول عنده ثم ما أصاب العتق يقسم بينه وبين العتق الآخر نصفين وقال فى الرابع الثلث بين المحاباتين لاستوائهما ثم ما أصاب الثانية قسم بينها وبين العتق لتقدمه عليها فيشاركها وقالا العتق أولى فى الصور كلها لقول ابن عمر رضى الله عنهما اذا كان فى الوصايا عتق بدئ به ولان العتق لا يحتمل النقض فكان أولى وبه قال الشافعى وأحمد وله ان المحاباة أقوى لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا معنى لا صورة والعتق تبرع صورة ومعنى والمعاوضات أقوى من التبرعات واذا وجدت المحاباة أولا وهى أقوى لانها لا يزاحمها الاضعف بعدها الا ان العتق اذا تقدم وهو لا يقبل النقض تعارضا فيستويان فيشتركان وبه قال مالك وعند زفر يقدم ماقدمه الموصى (وان أوصى) رجل (بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها) أى من المائة (درهم لم تنفذ) الوصية بالعتق عند أبى حنيفة وقالا يعتق عنه بما بقى لانه يجب تنفيذها ما أمكن وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله

وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ فى غير الموصى له فلا يجوز (بخلاف الحج) أى بخلاف الوصية بان يحج عنه بمائة درهم مثلا فهلك منها درهم فانه يحج عنه بما بقى بالاتفاق لانها قربة محضة هى حق الله تعالى والمستحق لم يبدل فصار كما اذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقى (و) لو أوصى (بعتق عبده فمات) المولى (فجنى) العبد (ودفع) بالجناية (بطلت) الوصية لان الدفع قد صح لتقدم حق ولى الجناية على حق الموصى فيخرج به عن ملكه فبطلت (وان فدى) العبد بأن فداه الورثة وكان الفداء فى أموالهم (لا) تبطل الوصية لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية فصار كانه لم يجن (و) لو أوصى (بثلثه) أى بثلث ماله (لزيد وترك عبدا فادعى زيد عتقه) أى عتق العبد يعنى ادعى انه أعتقه (فى صحته و) ادعى (الوارث) انه أعتقه (فى مرضه فالقول للوارث) لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق فى الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد فالقول قول المنكر مع اليمين (ولا شئ لزيد) وهو الموصى له (الا أن يفضل من ثلثه شئ) من قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك (أو يبرهن) أى أو يقيم زيد بينة (على دعواه) يعنى ان العتق وقع فى الصحة فيكون له حينئذ ثلث جميع المال سوى العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع لانه يثبت حقه وكذا العبد لان العتق حقه (ولو ادعى رجل دينا) على الميت (و) ادعى (العبد عتقا) أى فى الصحة ولا مال له غيره (فصدقهما) أى الرجل والعبد (الوارث سعى) العبد (فى قيمته وتدفع الى الغريم) وهو مدعى الدين عند أبى حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ لان الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصار كانهما وجدا معا أو ثبت ذلك بالبينة والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين أقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والاقوى يدفع الادنى وقضية الدفع أن يبطل العتق فى المرض أصلا الا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه (و) لو أوصى (بحقوق الله تعالى قدمت الفرائض) منها سواء قدمها الموصى أو أخرها وهو معنى قوله (وان أخرها) أى وان أخر الموصى الفرائض (كالحج والزكاة والكفارات) لان تقديم الاهم أولى (وان تساوت) الفرائض (فى القوة بدئ بما بدأ به) الموصى يعنى اذا ضاق الثلث عنها وذكر الطحاوى ان الزكاة تقدم على الحج وهو رواية عن أبى يوسف وعند محمد يقدم الحج وعند مالك يقدم العتق والتدبير على الزكاة والوصية بعتق عبد يشترى ويعتق ثم الكتابة ثم الحج وعند الشافعى وأحمد ديونه تعالى كديون العباد يتحاصان وعن الشافعى دينه تعالى يقدم على دين العباد وفى النوافل يقدم ما بدأ به بالاجماع وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على كفارة الافطار والاضحية وكفارة اليمين تقدم على كفارة الظهار (و) لو أوصى (بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج عنه) أى عن الموصى حال كونه (راكبا) لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب عليه الاحجاج كما وجب وانما شرط أن يكون راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذى لزمه (والا) أى وان لم يبلغ الثلث النفقة اذا أحجوا عنه من

بلده (فمن حيث) أى فأججوا عنه من حيث (يبلغ) الثلث (ومن خرج من بلده) حال كونه (حاجا فمات فى الطريق وأوصى بان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبى حنيفة وقالا من حيث بلغ لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وبه قال الشافعى وأحمد وله ان عمله بطل بموته فيبدأ والآية فى حق أحكام الآخرة من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لان وطنه حيث حل (والحاج عن غيره مثله) أى مثل الحاج عن نفسه اذا مات فى الطريق يحج عنه ثانيا من وطنه عند أبى حنيفة وعندهما من حيث مات الاول

هذا (باب) فى بيان أحكام (الوصية للاقارب وغيرهم)

(جيرانه) أى جيران الشخص (ملاصقوه) عند أبى حنيفة حتى اذا أوصى لجيرانه فهى للملاصقين لانهم الجيران تسمية وعرفا ولهذا يجب حق الشفعة لهم وقالا لهم ولغيرهم ممن سكن محلته ويجمعهم مسجدها لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد وعند الثلاثة أربعون دارا من كل جانب لقوله عليه الصلاة والسلام حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا قلنا هذا ضعيف عند أهل النقل ويستوى فى الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده خلافا لهما بخلاف المكاتب والارملة تدخل لان سكناها يضاف اليها ولا تدخل التى لها بعل لانها تبع لزوجها فلم تكن جارا حقيقة (واصهاره) أى اصهار الشخص (كل ذى رحم محرم من امرأته) لان الكل اصهار وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيد وفى الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة ولم يقيد بالمحرم وقال الفراء الصهر الذى يحل نكاحه كبنات العم والخال واشباههن من القرابة التى يحل تزويجها كذا فسره فى قوله تعالى فجعله نسبا وصهرا وقال النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذى يحل نكاحه وعن ابن عباس رضى الله عنهما خلاف ذلك فانه قال حرم الله من النسب سبعا حرمت عليكم أمهاتكم الى وبنات الاخت ومن الصهر سبعا وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الى آخر الآية وهذا هو الصحيح وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة ابنه وزوجة أبيه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل اصهار وشرطه أن يموت وهى منكوحته أو معتدته من طلاق رجعى لا من بائن سواء ورثت بان أبانها فى المرض أو لم ترث وقال الحلوانى الاصهار فى عرفهم كل ذى رحم محرم من نسائه التى يموت هو وهن نساؤه أو فى عدة منه وفى عرفنا أبو المرأة وأمها ولا يسمى غيرهما اصهارا (واختانه) أى اختان الشخص وهو جمع ختن (زوج كل ذات رحم محرم منه) كازواج البنات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكذا كل ذى رحم محرم من أزواجهن لانهم يسمون اختانا وقيل هذا فى عرفهم وفى عرفنا لا يتناول الا الازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد (وأهله) أى أهل الرجل (زوجته) عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا بالعرف قال الله تعالى خبرا عن يوسف وأتونى بأهلكم أجمعين وله قوله تعالى فى حق موسى عليه السلام وسار بأهله وقال عليه الصلاة والسلام من تأهل ببلدة فهو منها وعند الشافعى وأحمد

قرابته وعند مالك عصبته وعنه من يرثه (وآله) أي آل الشخص (أهل بيته) لان الآل القبيلة ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى أقصى أب له في الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الاخوات ولا أحد من قرابة أمه لانهم لا ينسبون الى أبيه وانما ينسبون الى آبائهم فكانوا من جنس آخر وأهل بيت آخر لان النسب يعتبر من الآباء (وجنسه) أي جنس الشخص (أهل بيت أبيه) لان الانسان يتجنس بأبيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الاب والام لان الكل يسمون قرابة وكذا أهل بيته وأهل نسبه كآله وجنسه فيدخل فيه الاب والجد (وان أوصى لاقاربه) أي لاقارب زيد مثلا (أو) أوصى (لذي قرابته أو) أوصى (لارحامه او) أوصى (لانسابه فهي) أي الوصية (للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه) أي من زيد مثلا (ولا يدخل) فيه (الوالدان والولد و) لا (الوارث وتكون) الوصية (للاثنين منهم فصاعدا) وهذا نصب على الحال من مقدر تقديره فضى الحكم حال كونه صاعدا وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا الرحم يكفي و يستوي القريب والبعيد لان الاسم شامل للكل المحرم وغير المحرم فيه سواء الى أقصى أب له في الاسلام وهو أول أب أسلم او أول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وبه قالت الثلاثة وفي رواية عن مالك وأحمد قريبه من جهة الاب فقط يكون للاثنين فصاعدا وله انها اخت الميراث وفيه يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد من الجمع في الميراث الاثنان فكذا في الوصية ولا تدخل قرابة الولاد لانهم لا يسمون اقرباء ولا أقارب لقوله تعالى للوالدين والاقربين والمعطوف غير المعطوف عليه وفائدة الخلاف تظهر في أولاد أبي طالب على قول من شرط الاسلام لانه أدرك الاسلام ولم يسلم فمن أوصى بثلث ماله لاقرباء النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخل فيه أولاد أبي طالب على قول من شرط الاسلام ويدخلون على قول من شرط ادراك الاسلام واما أولاد العباس رضي الله عنه فيدخلون فيها بالاجماع ثم أشار الى مظهر الخلاف بالفاء بقوله (فان كان له) أي للشخص الذي أوصى رجل لاقاربه أو لذي قرابته أو لارحامه أو لانسابه (عمان وخالان فهي) أي الوصية (لعميه) أي لعمي ذلك الشخص لانهما أقرب كما في الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بينا فيكتفى بهما هذا عند أبي حنيفة وعندهما يكون بينهم ارباعا لانهما لا يعتبران الاقرب (ولو) كان له (عم وخالان كان له) أي للعم (النصف) أي نصف الموصى به (ولهما) أي للخالين (النصف) الآخر لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية على ما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه أقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا أوصى لذي قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحوز الواحد جميع الوصية اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد لا غير كان له النصف لما بينا انه لا بد من اعتبار معنى الجمع فيه و يرد النصف الى الورثة (ولو) كان له (عم وعمة استويا) لان قرابتهما مستويتان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقا حتى لو كان له اخوال معهما لا يستحقون شيأ لانهما أقرب ولو انعدم المحرم بطلت الوصية وهذا كله عند أبي حنيفة وعندهما لا تبطل ولا يختص الاعمام بالوصية دون الاخوال لما عرف من مذهبهما (و) لو أوصى (لولد

فلان) فالوصية (للذكر والانثى على السواء) لان اسم الولد يشمل الكل (و) لو أوصى (لورثة فلان) تكون الوصية (للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاسم مشتق من الوراثة وهى بين أولاده واخواته كذلك فكذا الوصية

هذا (باب) فى بيان أحكام (الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة)

(وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) اذا كانت (مدة معلومة) لان المنافع يصح تمليكها فى الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت (و) كذا اذا كانت (أبدا) لما قلنا (فان خرج العبد) الموصى بخدمته (من ثلثه) أى من ثلث مال الموصى (سلم اليه) أى الى الموصى له (ليخدمه) لان حق الموصى له فى الثلث لا يزاحمه الورثة فيه وكذلك سكنى الدار وليس له أن يؤاجر العبد ولا الدار لانه ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها بعوض (والا) أى وان لم يخرج من الثلث (خدم الورثة يومين و) خدم (الموصى له يوما) لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين هذا اذا كانت الوصية غير مؤقتة وان كانت مؤقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان تمضى ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضى تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصى بعد مضى بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار اجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضا لان الحق لهم الا ان الاول أولى لكونه أعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار لان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار ظاهرا بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون منه وعن أبى يوسف ان لهم ذلك لانه خالص حقهم والظاهر الاول وعند الشافعى وأحمد يقوم العبد فى المدة المعينة مسلوب المنفعة تلك المدة فينظر كم قيمته فيها فله ذلك وفى الابد يقوم جميع القيمة وعند مالك الورثة مخيرة بين تسليم ثلث المال وبين تسليمه فى المدة وعند ابن أبى ليلى هذه الوصية باطلة (وبموته) أى وبموت الموصى له (يعود) العبد أو الدار (الى ورثة الموصى) وقال الشافعى يرث منفعتهما ورثة الموصى له لانها كانت مملوكة له فتنتقل الى ورثته كالعين وبه قال مالك ولنا ان الارث يجرى فى الاعيان دون المنافع ولهذا تبطل الاجارة والاعارة بموته لان المنافع التى لم تحدث لم تكن ملكا له (ولو مات) الموصى له (فى حياة الموصى بطلت) الوصية لان ايجابها متعلق بالموت وهذا بالاجماع (و) لو أوصى (بثمرة بستانه فمات) أى الموصى (و) الحال ان (فيه) أى فى البستان (ثمرة) كانت (له) أى للموصى له (هذه الثمرة) وحدها لان الثمرة اسم لموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد اذ لا يتأبد الا بتناول المعدوم وأشار اليه بقوله (وان زاد) أى الموصى فى وصيته بثمرة بستانه (أبدا) بأن قال له ثمرة بستانى أبدا كان (له) أى للموصى له (هذه) الثمرة (وما يستقبل) أى وثمرته أيضا فيما

يستقبل

يستقبل ماعاش (كغلة بستانه) أى كما اذا أوصى بغلة بستانه فله الغلة القائمة فيه وغلته فيما يستقبل لان الغلة تنتظم الموجود ومايكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا بخلاف الثمرة اذا أطلقت لاتتناول الا الموجود فالحاصل انه اذا أوصى بالغلة استحقه دائما وبالثمرة لايستحق الا القائم الا اذا زاد أبدا والفرق ماذكرنا وانما قيد بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن فيه ثمرة والمسئلة بحالها فهى كمسئلة الغلة فى تناولها الثمرة المعدومة ماعاش الموصى له فافهم (و) لو أوصى (بصوف غنمه وولدها ولبنها له) أى للموصى له (الموجود عند موته) أى عند موت الموصى سواء (قال) الموصى (أبدا أولا) أى أولم يقل ولايستحق مايستحدث بعد موته لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده الا فى الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على ما بينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى لانها أوسع بابا من غيرها

* هذا (باب) فى بيان أحكام (وصية الذمى) *

(ذمى جعل داره بيعة) أى جعلها متعبدا لليهود بأن كان الذمى يهوديا (أو كنيسة) أى متعبدا للنصارى بأن كان الذمى نصرانيا وكان ذلك (فى صحته فمات) بعد ذلك (فهى) أى داره المذكورة (ميراث) بالاتفاق أما عند أبى حنيفة فلانه بمنزلة الوقف عنده والوقف لايلزم فيورث فكذا هذا وأما عندهما فلان هذا معصية فلا تصح وان كان قربة فى معتقدهم فان قلت هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمى كذلك قلت المسجد محرز عن حقوق الناس خالص لله تعالى ولا كذلك البيعة فى معتقدهم فانها لمنافع الناس أيضا لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه ثابتا فيها (وان أوصى) الذمى (بذلك) أى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة (لقوم مسمين) أى لناس معينين (فهو) جائز (فى الثلث) لامكان تصحيحه على اعتبار معنى الاستخلاف أو التمليك (و) اذا أوصى (بداره) ان تجعل كنيسة (لقوم غير مسمين صحت) وصيته عند أبى حنيفة وقالا هى باطلة لكونها معصية وله انها قربة فى معتقدهم ونحن أمرنا بتركهم ومايدينون فيجوز بناء على معتقدهم هذا اذا أوصى ببنائها فى القرى وأما فى الامصار فلا يجوز بالاتفاق لانهم لايمكنون من احداث البيعة فى الامصار وعلى هذا الخلاف اذا أوصى بان تذبح خنازيره ويطعم المشركون من غير تعيين لماذكرنا وان كان لقوم معينين جاز بالاتفاق على انه تمليك والحاصل ان وصايا الذمى ثلاثة أقسام أحدها جائز بالاتفاق كما اذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم مثل ان يوصى بأن يسرج فى بيت المقدس أو بأن يغزى الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين اولم يكن الثانى باطل بالاتفاق كما اذا أوصى بما ليس بقربة عندنا وعندهم مثل أن يوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم مثل أن يوصى بالحج أو ببناء مسجد للمسلمين أو بأن تسرج مساجدهم لانه معصية عندهم الا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح باعتبار التمليك الثالث مختلف فيه وهو المذكور الآن (كوصية حربى) أى كما صحت وصية حربى (مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمى) لانه أهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو أوصى بأكثر من الثلث

أو بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق مراعى لانهم أموات في حقنا وقيل ان كانت ورثته معه لا يجوز بأكثر من الثلث الا باجازتهم والله أعلم

هذا (باب) في بيان أحكام (الوصي)

(أوصى) شخص (الى رجل فقبل) الوصية (عنده) أي عند الموصى (ورد عنده يرتد) لان الموصي ليس له ولاية الالزام فيوصي الى غيره (والا) أي وان لم يرد عنده بل ردها في غير وجهه (لا) يرتد لانه مات معتمدا عليه فلو جاز رده في غير وجهه لصار مغرورا من جهته فيرد رده فيبقى وصيا على ما كان (وبيعه) أي بيع الوصي (تركته) أي تركة الموصى قبل قبوله الوصية (كقبوله) نصا لانه دلالة الالتزام وينفذ البيع لصدوره من الوصي سواء علم بالايصاء أو لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل انابة فلا يصح من غير علم والايصاء خلافه فلا يتوقف على العلم كالوراثة (وان مات) الموصى (فقال) الموصى اليه (لا أقبل ثم قبل صح) قبوله لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فيه مضرة بالميت (ان لم يخرجه القاضي) من الوصية (مذ قال) أي حين قال (لا أقبل) فاذا أخرجه يصح ذلك لانه نصب ناظرا فاذا رأى غيره أصلح كان له عزله ونصب غيره ولو قال اقبل بعدما أخرجه القاضي لا يلتفت اليه (و) اذا أوصى (الى عبد وكافر وفاسق بدل) القاضي (بغيرهم) نظرا للموصى وذكر القدوري ان القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية صحيحة لان الاخراج لا يكون الا بعد الدخول وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطلة أيضا لعدم ولايته على المسلم (و) لو أوصى (الى عبده و) الحال ان (ورثته صغار صح) الايصاء عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف لانه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية (والا) أى وان لم تكن الورثة صغارا بأن كان كلهم كبارا أو بعضهم كبارا (لا) يجوز لان للكبيران يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد (ومن عجز عن القيام بها) أي بالوصاية (ضم) القاضي (اليه) أى الى هذا العاجز (غيره) رعاية لحق الورثة وحق الميت ولو شكا الوصي الى القاضي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخففا عن نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه أصلا استبدل به غيره ولو كان قادرا على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضي أن يخرجه لانه مختار الميت (وبطل فعل أحد الوصيين) يعني انفراده بالتصرف في التركة عندهما خلافا لابي يوسف الا في سبعة أشياء أشار اليها بقوله (في غير التجهيز) أى تجهيز الميت الموصى (وشراء الكفن) له (و) شراء (حاجة الصغار) مثل طعامهم وكسوتهم (والاتهاب) أى قبول الهبة (لهم ورد وديعة عين) أي معينة (وقضاء دين) الميت (وتنفيذ وصية) معينة (وعتق عبد عين) أى معين (والخصومة في حقوق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر فان قلت هذه تسعة قلت شراء الكفن والتجهيز واحد وحاجة الصغار والاتهاب واحد فالكل سبعة ثم قيل الخلاف فيما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة وأما اذا أوصى اليهما معا بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع كذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف فيما اذا أوصى اليهما معا بعقد واحد وأما اذا أوصى الى كل

واحد

واحدمنهما بعقد على حدة ينفرد أحدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلوانى عن الصفار
قال أبو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف
وقال فى المبسوط وهو الاصح (ووصى الوصى وصى التركتين) يعنى اذا مات الوصى فأوصى
الى غيره فهو وصى فى تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعى لا يكون وصيا فى تركة الميت
الاول اعتبارا للوصية بالوكالة وبه قال أحمد فى رواية ولنا ان الميت أقام هذا مقام نفسه فكان
اذنا منه باقامة غيره مقامه دلالة لعجزه عن بعض أموره بخلاف الوكيل لان الموكل يقدر على
اقامة غيره مقامه (وتصح قسمته) أى قسمة الوصى (عن الورثة مع الموصى له) لان الوارث
خليفة الميت والوصى أيضا خليفته فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فتنفذ قسمته عليه
حتى لو حضر الغائب وقد هلك ما فى يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له (ولو عكس) على صيغة
المجهول أى ولو عكس الحكم المذكور (لا) يصح وفى بعض النسخ وعكسه لا وهو ما اذا قاسم
الوصى الورثة عن الموصى له فلا يجوز لان الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه فلا
يكون خصما عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقى لان القسمة لم
تنفذ عليه غير ان الوصى لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ ولا فرق فى ذلك بين أن يكون
الورثة كبارا أو صغارا الا ان له ولاية البيع فى مال الصغار والقسمة فى معنى البيع وله ولاية الحفظ
فى مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ الا العقار فانه محفوظ بنفسه فلا يجوز له بيعه وهذا فى معنى
البيع فلا يضمن (فلو قاسم) الوصى (الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك فى يده رجع)
الموصى له (بثلث ما بقى) لان الموصى له شريك الورثة فيرجع على ما فى أيدى الورثة ان كان باقيا
فيأخذ ثلثه لعدم صحة القسمة فى حقه وان هلك فى أيديهم فله ان يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا وان
شاء ضمن الوصى ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع اليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهما شاء (وان
أوصى الميت بحج) أى بأن يحج عنه (فقاسم) الوصى (الورثة فهلك ما فى يده) أى ما فى يد الوصى
(أو دفع) الوصى المال (الى من يحج عنه) اى عن الميت (فضاع فى يده) أى فى يد من يحج عنه
بأن هلك أو سرق (حج عن الميت بثلث ما بقى) من التركة عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ان كان
المفرز مستغرقا للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وان لم يكن مستغرقا فالثلث يحج عنه بما بقى من
الثلث الى تمام ثلث الجميع وعند محمد لا يحج عنه بشئ وقد مر فى المناسك مستقصى (وصحت قسمة
القاضى واخذه حظ) أى نصيب (الموصى له ان غاب) أى الموصى له لان الوصية صحيحة وان
كان قبل القبول ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضى
ناظر فى حق العاجز وافراز نصيب الغائب وقبضه من النظر حتى لو حضر الغائب وقد هلك
المقبوض فى يد القابض أو أمينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضى هذا فى المكيل
والموزون لانه افراز واما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير
لا يجوز فكذا القسمة (و) صح أيضا (بيع الوصى عبدا من التركة بغيبة الغرماء) أراد بغير
محضر من الغرماء لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولاه بنفسه حال حياته يجوز بيعه وان كان
مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصى لقيامه مقامه بخلاف العبد المأذون
له فى التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان لغرمائه حق الاستيفاء (وضمن الوصى ان باع عبدا

أوصى) الموصى (ببيعه وتصدق بثمنه) على المساكين (ان استحق العبد بعد هلاك ثمنه) أى ثمن العبد (عنده) أى عند الوصى وضمانه للمشترى لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه (ويرجع) الوصى (فى تركة الميت) لانه عامل له فيرجع به عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يرجع الوصى على أحد لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشئ ثم رجع الى ماذكرنا ويرجع فى جميع التركة وعن محمد انه يرجع فى الثلث وفى المنتقى لا يرجع الوصى فى مال الميت بشئ وانما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لان غنمه لهم فكان غرمه عليهم (و) يرجع الوصى (فى مال الطفل ان باع عبده واستحق) العبد (وهلك الثمن فى يده) لانه عامل له (و) يرجع (هو) أى الطفل (على الورثة فى حصته) لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه (وصح احتياله) أى احتيال الوصى (بماله) أى بمال الميت (لو) كان (خيرا له) أى للميت بأن يكون الثانى أملأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهذا على تقدير ان يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثانى مفلسا أو جحد الحوالة ولم يكن له عليه بينة (و) صح (بيعه) أى بيع الوصى (وشراؤه بما يتغابن) الناس فى مثله ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر فيه (و) صح (بيعه) أى بيع الوصى (على الكبير) الغائب (فى غير العقار) لان الاب يلى ما سوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما وعند أبى حنيفة جاز له بيعه كله لانه بيع بحكم الولاية فاذا ثبت فى البعض ثبت فى الكل (ولا يتجر) الوصى (فى ماله) أى فى مال اليتيم لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة (ووصى الاب احق بمال الطفل من الجد) وقال الشافعى الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب عند عدمه حتى أحرز ميراثه فيقدم على وصيه ولنا ان ولاية الاب تنتقل اليه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه لان اختياره مع علمه بالجد يدل على أن تصرفه انظر لاولاده من تصرف الجد (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) لانه أقرب الناس اليه حتى ملك الانكاح دون الوصى

*هذا (فصل فى الشهادة) أى فى شهادة الاوصياء (شهد الوصيان ان الميت أوصى الى زيد معهما لغت) شهادتهما لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فترد شهادتهما للتهمة فاذا ردت ضم القاضى اليهما ثالثا لان فى ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصى آخر معهما للميت (الا أن يدعى زيد) انه وصى معهما فحينئذ تقبل شهادتهما استحسانا الا ناقلنا انه يجب على القاضى أن يضم اليهما ثالثا فتسقط مؤنة التعيين عنه فيكون زيد وصيا معهما بنصب القاضى اياه والقياس أن لا تقبل كما فى الاول (وكذا الابنان) اذا شهدا بان أباهما أوصى الى رجل وهو ينكر لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا وان ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا على انه نصب وصى ابتداء (وكذا لو شهدا) أى الوصيان (لوارث صغير بمال) فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما فى ذلك المال فصارا متهمين أو خصمين (او) شهد الوصيان (لكبير بمال الميت) لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما لكبير فى غير التركة لعدم التهمة وهذا عند أبى حنيفة

وقالا اذا شهد الوارث كبير يجوز فى الوجهين لان ولاية التصرف لا تثبت لهما فى مال الميت اذا كانت الورثة كبارا (ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف) درهم (وشهد الآخران) وهما المشهود لهما (للاولين) وهما الشاهدان الاولان (بمثله) أى بمثل ماشهد الاولان بألف دين على الميت (تقبل) هذه الشهادة لان الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى وهذا عند محمد خلافا لابى يوسف ويروى أن أبا حنيفة مع محمد ويروى مع أبى يوسف وعن أبى يوسف مثل قول محمد وعن الحسن عن أبى حنيفة أنهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة (وان كانت شهادة كل فريق بوصية ألف) بأن شهد اثنان أنه أوصى لرجلين بألف وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بألف أيضا (لا) تقبل هذه الشهادة لان فيه اثبات الشركة وفيه التهمة

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الخنثى)

وهو على وزن فعلى بالضم من الخنث وهو اللين والتكسر ومنه المخنث وتخنث فى كلامه وسمى خنثى لانه تكسر ونقص حاله عن حال الرجل وجمعه خناثى وفى الشرع (هو) أى الخنثى (من له فرج) المرأة (وذكر) الرجل ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعا (فان بال) الخنثى (من الذكر فغلام) أى فهو غلام (وان بال من الفرج فأنثى) أى فهو أنثى لانه عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول (وان بال منهما) أى من الفرج والذكر (فالحكم للاسبق) لانه دليل على أنه العضو الاصلى (وان استويا) أى فى السبق (فمشكل) أى فهو خنثى مشكل لعدم المرجح (ولا عبرة بالكثرة) أى بكثرة البول من أحدهما عند أبى حنيفة لان الكثرة لا تدل على القوة لجواز أن تكون لضيق مخرج أحدهما وسعة الآخر وقالا يعتبر الاكثر منهما بولا فينسب اليه لان للاكثر دلالة اصالة العضو وقوته فيجوز أن يعتبر به وبه قالت الثلاثة وان كان فى السبق والفراغ سواء فهو خنثى مشكل بالاجماع (فان بلغ) الخنثى (وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فرجل) أى فهو رجل فحكمه حكم الرجال وكذا اذا احتلم من الذكر (وان ظهر له ثدى) كثدى النساء (أو) ظهر له (لبن أو حيض أو حبل أو أمكن وطؤه) من الفرج (فامرأة) أى فهو امرأة فحكمه حكم النساء (وان لم يظهر له علامة أو تعارضت) العلامات مثل ما اذا حاض وخرجت له لحية أو يأتى ويؤتى (فمشكل) أى فهو خنثى مشكل لعدم المرجح وعن الحسن أنه تعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحدة ثم أشار الى حكم الخنثى المشكل بالفاء بقوله (فيقف) الخنثى المشكل (بين صف الرجال والنساء) فيقدم على النساء لاحتمال كونه رجلا فان صلى معهن أعاد صلاته لذلك وان صلى مع الرجال أعاد الصلاة ثلاثة الذى عن يمينه والذى عن يساره والذى خلفه احتياطا لاحتمال أن يكون امرأة ويستحب أن يصلى بقناع لاحتمال كونه امرأة ولو كان بالغا حرا يجب عليه ذلك (وتبتاع) أى تشترى (له امة) من ماله (تختنه) لانه يجوز لمملوكته النظر اليه مطلقا (فان لم يكن له مال فمن بيت المال) أى فتشترى من بيت المال لانه أعد لمصالح الناس فيدخل فى ملكه بقدر الحاجة وهى حاجة الختان فاذا ختنته تباع ويرد ثمنها الى بيت المال ولو تزوج امرأة ثم ختنته ثم طلقها جاز لانه ان كان ذكرا صح النكاح وان كان أنثى فنظر الجنس أخف ثم يفرق بينهما لاحتمال أنه أنثى فلا

نكاح بينهما ويطلق لاحتمال أنه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة به ثم تعتد ان خلا بها احتياطا وفي الذخيرة ان قال الخنثى المشكل أنا ذكر أو أنثى كان القول قوله لان الانسان أمين في حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ما قال (وله) أي للخنثى المشكل (أقل النصيبين) أي الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على أنه ذكر وعلى أنه أنثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على أحد التقديرين فلا شئ له مثاله أخوان لاب وأم أحدهما خنثى مشكل كان المال بينهما أثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر أنثى لانه أقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو تركت امرأة زوجا وأما وأختا لاب وأم هي خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقي وهو السدس على أنه عصبة لانه أقل ولو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى ثمانية ولو تركت زوجا وأما وأخوين من أم وأخا لاب وأم هو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين لام الثلث ولا شئ للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شئ ولو قدر أنثى كان له النصف وعالت المسئلة الى تسعة ولو ترك الرجل ولد أخ هو خنثى وعما لاب وأم أو لاب كان المال للعم ويقدر الخنثى أنثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على العم وقال الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وعن ابن عباس مثله لانه مجهول وبه قال أبو يوسف ومحمد ومالك وأحمد وعند الشافعي رحمه الله له أضر الحالتين ويوقف الزيادة على نصيبه الى أن يتبين أمره أو يصطلح هو والورثة ثم أوضح الحكم المذكور بقوله (فلو مات أبوه) اى أبو الخنثى (وترك ابنا له سهمان وللخنثى سهم) لانه الاقل وهو متيقن به فيستحقه وعلى قول الشافعي الذى ذكرناه الآن للخنثى الثلث وللابن النصف لانه المتيقن ويوقف السدس واختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذا على قول الشعبي لان عنده للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى فقال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان أنثى كان له نصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة وانما كان كذلك لان الابن يستحق الكل عند الانفراد والخنثى ثلاثة أرباع وليس للمال كل وثلاثة أرباع فيضرب كل واحد منهما في جميع حقه اعتبارا بطريق العول والمضاربة ومحمد رحمه الله اعتبر نصيب كل واحد منهما في حالة الاجتماع فقال لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان أنثى كان أثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين وعلى تقدير أنوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فتضرب احداهما في الاخرى تبلغ ستة للخنثى على تقدير انه أنثى سهمان وعلى تقدير أنه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فتضرب الستة في اثنين تبلغ اثنى عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير أنه ذكر وأربعة على تقدير أنه أنثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنان وقال شمس الائمة خرجا قول الشعبي ولم يأخذا به

* هذه (مسائل شتى) * أي متفرقة وهو جمع شتيت وهو المتفرق فاذا قلت جاءني القوم شتى

يكون

يكون نصبا على الحال أى متفرقين (ايماء الاخرس) أى اشارته (وكتابته كالبيان) أى كالنطق باللسان فتلزمه الاحكام بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه وغير ذلك من الاحكام لان الاشارة بيان من القادر فما ظنك من العاجز والكتاب كالخطاب عند العجز ففي حق الاخرس أولى لان عجزه أظهر وألزم ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو أن يكون معنونا أى مصدرا بالعنوان وهو أن يكتب فى صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة فى تسيير الكتاب فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الاشجار أو على الكاغد لا على وجه الرسم فان هذا يكون لغوا فلا يكون حجة الا بانضمام شئ آخر اليه كالنية والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول أظهر وغير مستبين كالكتابة فى الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به شئ من الاحكام وان نوى (بخلاف معتقل اللسان) من اعتقل لسانه اذا حبس فان اشارته غير معتبرة ولا هى كالبيان صورته أن يعتقل لسان المريض فقرئ عليه كتاب وصيته وقيل له أنشهد عليك بما تضمنه هذا الكتاب فقال برأسه مشيرا اليهم نعم لم يعتبر ولم تصح الشهادة عليه بذلك عندنا وقال الشافعى هى كالبيان لانها قائمة مقام العبارة كما فى حق الاخرس وبه قال أحمد ولنا أن الاشارة لا تنبئ عن المراد الا اذا طالت وصارت معهودة كالاخرس للحاجة الى تصحيح تصرفاته وهذا ليس كذلك فلا يجوز وقدر الامتداد التمرتاشى بالسنة وروى عن أبى حنيفة أن العقلة اذا دامت الى وقت الموت يجعل اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه قالوا وعليه الفتوى وقوله (فى وصية) يتعلق بقوله كالبيان وما بعده وهو قوله (ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود) أى قصاص عطف عليه وقد ذكرناها (لا) يكون ايماء الاخرس وكتابته كالبيان (فى حد) لانه يندرئ بالشبهة فلا حاجة الى اثباته ولعله كان مصدقا للقاذف فى قذفه ان قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وان كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب الا بالقذف بصريح الزنا وفى القصاص اعتبر طلبه لانه حق العبد وحق العبد لا يختص بلفظ دون لفظ (غنم مذبوحة وميتة) أراد أن جماعة من الغنم مذبوحة وفيها ميتة (فان كانت المذبوحة أكثر تحرى وأكل والا) أى وان لم تكن المذبوحة أكثر بل كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين (لا) يأكل وقال الشافعى لا يجوز الاكل فى حالة الاختيار بالتحرى وان كانت المذبوحة أكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة ألا ترى ان أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر بخلاف ما اذا كانت الميتة أكثر أو استويا لانه لا ضرورة اليه لقلته (لف ثوب نجس رطب) أى مبلول (فى ثوب طاهر يابس فظهر رطوبته على ثوب طاهر لكن لا يسيل لو عصر لا يتنجس) لانه اذا لم يتقاطر منه بالعصر لا ينفصل منه شئ وانما يبتل ما يجاوره بالنداوة وبذلك لا يتنجس وعلى هذا اذا نشر الثوب المبلول على حبل نجس وهو يابس لا يتنجس الثوب (رأس شاة متلطخ بالدم أحرق) بالنار (وزال عنه الدم فأخذ منه مرقة جاز والحرق) بالنار (كالغسل) بالماء لان النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شئ ولهذا لو أحرقت العذرة وصارت

رمادا طهرت للاستحالة كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا وقع فى المملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز وكذلك اذا تنجست ممسحة الخباز تطهر بالنار (سلطان جعل الخراج لرب الارض جاز وان جعل العشر لا) يجوز هذا عند أبى يوسف وقالا لا يجوز فيهما لانهما فى جماعة المسلمين ولابى يوسف ان صاحب الخراج له حق فى الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه عليه وعلى قوله الفتوى (ولو دفع) السلطان (الاراضى المملوكة الى قوم) يعنى اذا عجز أصحاب الخراج عن زراعة الارض وأداء الخراج وأراد الامام أن يدفعها الى غيرهم بالاجرة (ليعطوا الخراج جاز) ذلك فان فضل شئ من أجرتها يدفعه الى أصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ماذكرنا فان لم يجد الامام من يستأجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة فانه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج أصلا ولو باع يفوت حق المالك فى العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له أن يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضية من الثمن ان كان عليهم خراج ويرد الفضل على أصحابها ثم قيل هذا قولهما لان عندهما القاضى يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة وأما عند أبى حنيفة فلا يملك ذلك ولا يبيعها لكن يأمر الملاك ببيعها وقيل هذا قول الكل وذكر فى النوادر عن أبى حنيفة ان أهل الخراج اذا هربوا ان شاء الامام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين وان شاء دفع الى قوم وأطعمهم على شئ فكان ما يؤخذ للمسلمين لان فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابها فاذا عمرها من بيت المال يكون قدر ما ينفق فى عمارتها قرضا لان الامام مأمور بتمييز بيت المال بأى وجه تهيأ له (ولو نوى) من عليه قضاء صوم يوم او أكثر من رمضان (قضاء رمضان ولم يعين اليوم) يعنى لم يعين عن يوم كذا (صح) لان صوم رمضان معلق بشهود الشهر لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم كذا وكذا لو صام وكذا لو نوى عن رمضانين أيضا صح وهو معنى قوله (ولو صام (عن رمضانين) لما ذكرنا ثم شبه جواز ذلك بجواز قضاء الصلاة وان لم يعين الصلاة ويومها بقوله (كقضاء الصلاة صح وان لم ينو أول صلاة) عليه (أو آخر صلاة عليه) وهذا الذى ذكره الشيخ هو قول بعض المشايخ والاصح أنه يجوز فى رمضان واحد ولا يجوز فى رمضانين ما لم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا وكذا قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها بأن يعين ظهر يوم كذا مثلا ولو نوى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه جاز لان الصلاة تعينت بتعيينه وكذا الوقت تعين بكونه أولا أو آخرا فاذا نوى أول صلاة عليه وصلى فما يليه يصير أولا أيضا فيدخل فى نيته أول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات التى فاتته أو اشتبهت عليه أو أراد التسهيل على نفسه والاصل فيه أن الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه حتى تبرأ ذمته والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة ولهذا نية التعيين فى الجنس الواحد لغو ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين أو العصرين من يومين بخلاف صوم رمضان لما ذكرنا ولكن اذا نوى عن رمضانين

او

أو رمضان آخر لا يجوز عن واحد منهما الاختلاف السبب كما اذا نوى ظهرين او ظهرا عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا أداء الكفارات لا يحتاج فيه الى التعيين فى جنس واحد ولو عين لغا وفى الاجناس لابد منه (ابتلع) صائم (بزاق غيره كفر لو كان الغير (صديقه) وان كان من غير صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة لان الريق تعافه النفس وتستقذره اذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه الانفس وان كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز والثريد ونحوهما (قتل بعض الحجاج عذر فى ترك الحج) لان أمن الطريق شرط واختلف فيه هل هو شرط الوجوب أو شرط الاداء وقد ذكرناه مستقصى فاذا قتل بعض الحجاج كان معذورا فى ترك الحج فلا يأثم بذلك ولو قال رجل لامرأة (تو زن من شدى) يعنى أنت صرت زوجة لى (فقالت) المرأة (شدم) يعنى صرت (لم ينعقد النكاح لان هذا لا يدل على الايجاب والقبول فقوله تو بضم التاء المثناة من فوق وسكون الواو ومعناه أنت وقوله زن بفتح الزاى المعجمة وبالنون وهو اسم للمرأة وقوله من بفتح الميم وبالنون ومعناه أنا وقوله شدى بضم الشين المعجمة وكسر الذال المعجمة وفى آخره ياء آخر الحروف ساكنة ومعناه صرت وهذه اللفظة تتصرف كاللفظ العربى فمصدره شدن والماضى شد والمضارع شود والمخاطب من الماضى يأتى على الصورة المذكورة والمتكلم وحده بالميم فى الآخر نحو شدم فاذا أريد الاخبار عن الجمع يقال شديم بكسر الذال المعجمة وزيادة الياء آخر الحروف بعدها ولو قال رجل لامرأته (خويشتن را زن من كردانيدى) معناه هل جعلت نفسك لى زوجة (فقالت) المرأة فى جوابه (كردانيدم) يعنى جعلت (وقال) الرجل (پذيرفتم) يعنى قبلت (ينعقد النكاح) بينهما لاشتماله على الايجاب والقبول قوله خويشتن را يؤدى معنى نفسك وهو بكسر الخاء المعجمة تكتب الواو بعدها من غير أن يتلفظ بها وكذلك الياء بعد الواو والشين فيه معجمة ساكنة بعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفى آخره نون وقوله را بفتح الراء بعدها ألف ساكنة يؤدى معنى تخصيص الاشارة بحسب المقام وقوله كردانيدى بالكاف الصماء المفتوحة والراء الساكنة والدال المفتوحة والنون المكسورة بعد الالف وبعدها ياء ساكنة وذال معجمة مكسورة وفى آخره ياء أخرى ساكنة وهذه اللفظة للخطاب تؤدى معنى الجعل والتصيير وقوله كردانيم كذلك الا انه للمتكلم وحده وذاك للمخاطب واذا أريد المتكلم مع الغير تزاد فيه ياء قبل الميم فيقال كردانيديم وقوله پذيرفتم بفتح الباء الصماء يكون مخرجه ممتزجا بمخرج الفاء وبكسر الذال المعجمة بعدها ياء آخر الحروف ساكنة وبعدها راء مفتوحة وبعدها فاء ساكنة وبعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفى آخره ميم ساكنة ولو قال رجل لآخر (دختر خويشتن را بپسر من ارزانى داشتى) معناه هل جعلت بنتك لائقة لابنى (فقال) أب البنت فى جواب أب الابن (داشتم) يعنى جعلت (لا ينعقد) النكاح لانه ليس بمشتمل على الايجاب والقبول ولا يلزم من جعل ابنته لائقة لابنه حصول العقد بينهما قوله دختر بضم الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة وفتح التاء المثناة من فوق وفى آخره راء وهو اسم للبنت وقوله بپسر لفظان مركبان الاول لفظ ب الباء الموحدة تؤدى معنى لام التخصيص والثانى لفظ پسر بكسر الباء الممتزج مخرجها بمخرج الفاء وفتح السين المهملة وفى آخره راء وهو اسم للابن قوله ارزانى بفتح الهمزة وسكون الراء

قوله كردانيم كذا فى النسخ والذى فى المتن كردانيدم ولا يجوز

وفتح الزاي وكسر النون بعـد الالف الساكنة وفي آخره ياء آخر الحروف ساكنة ومعناه
ههنا بمعنى اللائق وقوله داشتي بفتح الدال المهملة وسكون الالف وسكون الشين المعجمة والتقاء
الساكنين في لغتهم شائع سائغ وكسر التاء المثناة من فوق وفي آخره ياء آخر الحروف ساكنة
وقوله داشتم من مادة داشتي ولكنه اخبار عن النفس وحـده ولو أريد به الاخبار عن الجماعة
يقال داشتيم بزيادة الياء آخر الحروف قبل الميم وهـذه قاعدة مطردة عنـدهم (منعها) كلام
اضافي مبتـدأ أي منـع المرأة (زوجها عن الدخول عليها و) الحال أنه (هو) أي الزوج
(يسكن معها) أي مع المرأة (في بيتها نشوز) يعني هروب واعراض عنه وهو خـبر المبتدا
وانما كان نشوزا لانها حبست نفسها منه بغـير حق فلا تجب لها النفـقة مادامت على منعـه
فصار كحبسها نفسها في منزل غيرها هـذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع
لينقلها الى منزله لا يكون نشوزا لوجوب السكنى لها عليه فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء
مهرها بخـلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها أو غصبها غاصب وذهب بها لان الفوات ليس
من قبله وبخـلاف ما اذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطء لانه يمكنـه الوطء
كرها غالبا فلا يعد منعا (ولو سكن الزوج في بيت الغصب فامتنعت منه لا) تكون ناشزة لانها
محقة اذ السكنى فيه حرام (قالت) المرأة (لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك)
لانه لا بد له ممن يخـدمه فلا يمكن منعه من ذلك ويجوز لها ذلك مع الضرة لانها تتأذى (قالت)
الزوجـة لزوجها (مرا طلاق ده) يعني اعطني طلاقا (فقال) الزوج (داده كير وكرده كير
او) قال (داده باذ وكرده باذ ينوي) بتشديد الواو ومعناه ان الاعتبار للنية وعدمها فان نوى بهذه
الالفاظ الطلاق وقع الطلاق وان لم ينو لا يقع لانها من الكنايات عندهـم فلا بد من النيـة قوله
داده بفتح الدال بعدها ألف ساكنة وذال معجمة مفتوحة وفي آخرها هاء ساكنة وهو اسم
مفعول من دادن الذي هو المصـدر ومعناه الاعطاء وقوله كير بكسر الكاف الصماء وسكون
الياء آخر الحروف وفي آخره راء ومعناه الاصلي أمسك ولكن معناه ههنا افرض وقدر يعني
قدري أن الطلاق قد أعطي قوله كرده بفتح الكاف وسكون الراء وفتح الدال وسكون الهاء وهو
أيضا اسم مفعول من كردن الذي هو المصدر ومعناه الفعل والعـمل قوله باذ بفتح الباء وسكون
الالف والذال المعجمة معناه فليكن (ولو قال) الزوج (داده است كرده است يقع) الطلاق
(نوى) الوقوع (أو لا) أي أو لم ينو (ولو قال) الزوج (داده انكار كرده انكار لا يقع) الطلاق
(وان نوى) الوقوع والفرق بينهما ان في الاول اخبارا عن الوقوع فيقع مطلقا وفي الثاني ليس
باخبار لان معنى قوله داده انكار افرضي انه وقع أو احسبي فلا يقع به شئ وأنكار بفتح الهمزة
وسكون النون وفتح الكاف الصماء وفي آخره راء مهملة ومعناه افرض وقدر (وي مرا نشايد
تا قيامت او همه عمر لا يقع) الطلاق (الا بنية) لانه من الكنايات قوله وي بفتح الواو وسكون
الياء آخر الحروف بمعـنى هي التي هي ضمير الغائب وقوله مرا بفتح الميم والراء مقصورة ومعناه
لاجلي وقوله نشايد بفتح النون والشين المعجمة وبألف ساكنة بعـدها ياء مفتوحة آخر الحروف
وذال معجمة ومعناه لا يليق وقوله تا بفتح التاء المثناة من فوق مقصور ومعناه الى للغاية والحاصل
من معنى هذا التركيب هي لا تليق بي الى يوم القيامة قوله همه بفتح الهاء والميم وسـكون الهاء

ومعناه

ومعناه الجميع والمعنى هى لاتليق بى جميع عمرى أومدة عمرى أوالى يوم القيامة ولوقال الزوج (حيله زنان كن اقرار بالثلاث) أى بوقوع الطلقات الثلاث لان معنى كلامه افعلى حيلة النساء ومقصودهم بهذا احفظى عدتك أوعدى أيام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان المرأة لاتشتغل بأمور العدة كما ينبغى الابعد وقوع الثلاث ولوقال (حيله خويش كن لا) يعنى ليس باقرار بالثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم بخلاف الصورة الاولى قوله خويش بكسر الخاء المعجمة والواو ولايتلفظ بها عندهم وبعدها ياء آخر الحروف ساكنة وشين معجمة ومعناه أنت هنا لانه يجىء بمعنى آخر فى غير هذا الموضع ولوقالت المرأة (كابين ترا بخشيدم) معناه وهبت لك المهر (مارا أزجنك باردار) معناه خلصنا من نزاعك فالحكم فى هذا أن الزوج (ان طلقها سقط المهر) لانه يكون فى معنى الخلع على المهر أوالطلاق على المهر (والا) أى وان لم يطلقها (لا) يسقط لانه ما أجاب الى سؤالها لان سؤالها هو الطلاق حتى يسقط المهر قوله كابين بفتح الكاف بعدها ألف ساكنة وباء موحدة مكسورة وياء آخر الحروف ساكنة وفى آخره نون وهو اسم للمهر قوله ترا بضم التاء المثناة من فوق وبالراء المقصورة ومعناه لك وقوله بخشيدم بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الذال المعجمة وفى آخره ميم ساكنة ومعناه وهبت ومصدره بخشيدن (قال) المولى (لعبده يامالكى أوقال لامته أنا عبدك لايعتق) لانه ليس بصريح للعتق ولا كناية له بخلاف قوله يامولاى لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق ولوقال شخص (برمن سوكند أست) يعنى على اليمين (اين كار) يعنى هذا الفعل (نكنم) يعنى لاأفعل فهذا (اقرار باليمين بالله تعالى) لانه أخبر عن يمينه على ترك هذا الفعل فيكون اقرارا باليمين فتى فعل يحنث فى يمينه وتلزمه الكفارة قوله بر بفتح الباء الموحدة وسكون الراء يؤدى معنى على وقوله من بفتح الميم وسكون النون بمعنى أنا وقوله سوكند بفتح السين المهملة وسكون الواو وفتح الكاف الصماء وسكون النون والدال ومعناه اليمين وأست بفتح الهمزة وسكون السين المهملة وفى آخره تاء مثناة من فوق ساكنة وهى لفظة تذكر لربط الخبر بالمبتدا ليصح الاخبار عنه وقوله اين بكسر الهمزة وسكون الياء آخر الحروف وفى آخره نون ساكنة أيضا تؤدى معنى هذا وقوله كار بالكاف وسكون الالف والراء وهو اسم للفعل وقوله نكنم مضارع منفى لان النون المفتوحة فى أوله حرف النفى وكنم معناه أفعل للمتكلم وحده واشتقاقه من كردن الذى هو المصدر فالماضى كرد والمضارع كند والمتكلم وحده كنم ومع الغير كنيم بزيادة الياء قبل الميم (وان قال) شخص (برمن سوكند أست بطلاق) معناه على اليمين بالطلاق (لزمه ذلك) يعنى يكون يمينا بالطلاق حتى اذا فعله تطلق امرأته (فان قال قلت ذلك) أى هذا القول (كذبا لايصدق) لانه أخبر عن يمين منعقدة وقوله بعد ذلك قلت ذلك كذبا رجوع عنه فلا يصدق (ولوقال مرا سوكند خانه أست كى اين كار نكنم) معناه أنا حالف بيمين البيت أن لاأفعل هذا الفعل (فهو اقرار باليمين بالطلاق) لان اليمين مبناها على العرف وفى العرف يكنون بالبيت عن المرأة يقال بيتى قالت كذا يعنون به المرأة فقوله خانه اسم للبيت وكنى به عن امرأته وبقية الالفاظ قد فسرناها (قال) المشترى (للبائع بهار ا بازده) معناه رد الثمن (فقال

البائع بازدهم) يعنى أرد (يكون فسخا للبيع) الذى كان بينهما لان استرداد الثمن ورده فسخ للعقد قوله بها بفتح الباء الموحدة والهاء المقصورة معناه الثمن وقوله را بفتح الراء يؤدى معنى تخصيص الاشارة كما قد ذكرنا وقوله بازده بفتح الباء الموحدة وسكون الالف وكسر الدال المهملة وسكون الهاء ومعناه اعط قوله بازدهم معناه أعطى (العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذى اليد مالم يبرهن المدعى) أى مالم يقم المدعى بينته أنه فى يد المدعى عليه ولا يكتفى فيه بذكر المدعى أنه فى يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه ذلك فلا تصح دعواه الا بالبينة أنه فى يد المدعى عليه أو علم القاضى فى الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصحيح الدعوى عليه لانه يحتمل أن يكون فى يد غيره فبا قامة البينة تنتفى تهمة المواضعة (عقار) متنازع فيه (لا فى ولاية القاضى) يعنى ليس فى ولاية القاضى (لا يصح قضاؤه فيه) أى فى ذلك العقار لانه لا ولاية له فى ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان أو الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه فى غير ذلك المكان على قول من اعتبر المكان ولا فى غير ذلك الاهل على قول من اعتبر الاهل وان خرج القاضى مع الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده لم يجز قضاؤه (اذا قضى القاضى فى حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائى أو) قال (بدا لى) أى ظهر لى (فيه غير ذلك أو) قال (وقعت فى تلبيس الشهود أو) قال (أبطلت حكمى ونحو ذلك) نحو أن يقول رجعت عن حكمى أو فسخته أو نقضته أو رفعته ونحوها (لا يعتبر) ذلك (والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله (خبأ قوما) فى موضع من البيت (ثم سأل رجلا) آخر عن شئ مثل دين له (فأقر به) المسؤل (و) الحال أنه (هم) أى القوم (يرونه) أى الرجل (ويسمعون كلامه وهو) أى الرجل (لا يراهم جازت شهادتهم) عليه بذلك الاقرار لانه موجب بنفسه وقد علموه وهو الركن فى اطلاق الشهادة (وان سمعوا كلامه) أى كلام الرجل (ولم يروه لا) تجوز شهادتهم عليه بذلك لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل أن يكون المقر غيره فلا تجوز لهم الشهادة عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل لهم فى هذه الصورة فجاز لهم أن يشهدوا عليه بذلك (باع) شخص (عقارا و) الحال أن (بعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع) دعواه لانه تلبيس محض لان حضوره عند البيع وتركه فيما يصنع اقرار منه بأنه ملك البائع وان لا حق له فيه وتقييده بالقريب ينفى جوازه مع الغريب ولم يعين الشيخ القريب وفى الفتاوى لابى الليث عينه فقال ولو باع عقارا وابنه أو امرأته حاضر يعلم به وتصرف المشترى فيه زمانا ثم ادعى الابن أنه ملكه ولم يكن ملك أبيه وقت البيع اتفق مشايخنا على أنه لا تسمع مثل هذه الدعوى ولو باع ضيعة ثم ادعى أنها وقف عليه وعلى أولاده لا تسمع دعواه للتناقض لان اقدامه على البيع اقرار منه وان أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك وان أقام البينة على ذلك قيل تقبل فاذا قبلت انتقض البيع وقيل لا تقبل وهو أصوب وأحوط (وهبت) امرأة (مهرها الزوج فماتت فطالب ورثتها مهرها منه (وقالوا) أى الورثة (كانت الهبة فى مرض موتها وقال) الزوج (بل فى الصحة فالقول له)

أى للزوج والقياس أن يكون للورثة لانّ الهبة حادثة والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات وجه الاستحسان انهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج فالوارث يدّعى العود عليه والزوج ينكر فالقول قول المنكر (اقرّ) رجل (بدين او غيره ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقرّ له على ان المقرما كان كاذبا فيما أقرّ به ولست بمبطل فيما تدعيه عليه) أى على المقرّ هذا قول أبو يوسف استحسانا لانّ العادة جرت بين الناس أن يكتبوا الصك اذا أرادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم ياخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وعندهما يؤمر بتسليم المقرّ به الى المقرّ له وهو القياس لانّ الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين (قال) رجل (لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت الآخر صار وكيلا) لانّ سكوته وعدم ردّه من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين وان قال من ساعته لا أقبل بطل وبقى الدين على حاله (وكلها) أى وكل رجل امرأته (بطلاقها لا يملك) الزوج الموكل (عزلها) لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لانّ الوكيل هو الذى يعمل لغيره وهى عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبى ولو قال رجل لآخر (وكلتك بكذا على أنى متى عزلتك فانت وكيلى يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك ولو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى يقول) فى عزله (رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة) لانه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع اصار وكيلا مثل ما كان ولو عزله ألف مرة لانّ كلمة كلما تقتضى تكرار الافعال لا الى نهاية فلا يفيد العزل الا بعد الرجوع حتى لو عزله ثم رجع عن المعلقة يحتاج الى عزل آخر لانه كلما عزله صار وكيلا فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة فى حقها الا انه يحتاج الى عزل آخر بعد الرجوع وقيل يقول فى عزله كلما وكلتك فأنت معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده بذلك والاول أوجه (قبض بدل الصلح شرط) فى المجلس (ان كان) الصلح (دينا بدين) بأن وقع على دراهم عن الدنانير أو على شئ آخر فى الذمة لانه صرف أو بيع وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين (والا) أى وان لم يكن دينا بدين (لا) يشترط قبضه لانّ الصلح اذا وقع على غير متعين لا يبقى دينا فى الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة فى الذمة وقد مرّ غير مرّة (ادعى رجل على صبى دارا فصالحه ابوه على مال الصبى فان كان للمدعى بينة جاز) الصلح (ان كان بمثل القيمة او اكثر) من القيمة (مما يتغابن فيه) بين الناس لانّ للصبى فيه منفعة وهى سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدّعى بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدّعى (وان لم يكن له) أى للمدّعى (بينة أو كانت) البينة (غير عادلة لا) يصح لانّ الاب يصير متبرعا بمال الصبى بالصلح لا مشتريا لانه لم يستحق المدّعى شيأ فى ماله لولا الصلح (قال) المدّعى (لا بينة لى) على دعواى هذا الحق (فبرهن) اى ثم برهن أى أقام بينة (او) قال الشاهد (لا شهادة لى) لفلان فى حق بعينه (فشهد) أى ثم شهد (تقبل) البينة فى الاول وشهادة الرجل فى الثانى لانه يمكن أن يكون له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك وكذا فى الثانى بخلاف ما اذا قال ليس لى حق عليه ثم ادّعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه للتناقض (للامام الذى ولاه

الخليفة ان يقطع) من الاقطاع (انسانا من طريق الجادة) وهى الشارع الاعظم (ان لم يضر) ذلك (بالمارة) لعموم ولايته فى حق الكافة فيما فيه نظر لهم وكان له ذلك من غير أن يلحق ضررا بأحد والامام الذى ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه وهو الذى يسمى اليوم سلطانا (من صادره السلطان) بأن أراد أن يأخذ منه مالا (ولم يعين) السلطان (بيع ماله) بل طلب منه جملة من المال (فباع ماله صح) أى بيعه لانه غير مكره به وانما باع باختياره غاية الامر انه احتاج الى بيعه لايفاء ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالدائن اذا حبس المديون بالدين فباع ماله ليقضى بثمنه دينه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره فى الايفاء لا فى البيع (خوفها) أى خوف رجل امرأته (بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح ان قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه (وان أكرهها) أى المرأة (على الخلع وقع الطلاق) لان طلاق المكره واقع (ولا يلزم المال) اذ الرضا شرط فيه وقد انعدم (ولو احالت) المرأة (انسانا على الزوج) ليأخذ منه عوض دينه مثلا (ثم وهبت المهر للزوج لا يصح) هبتها لانه تعلق به حق المحتال (اتخذ) رجل (بئرا فى ملكه او) اتخذ (بالوعة فنزمنها) أى من البئر أو من البالوعة (حائط جاره وطلب) الجار (تحويله) أى تحويل ذلك الى موضع آخر (لم يجبر عليه) لانه تصرف فى خالص ملكه (فان سقط الحائط منه) أى من ذلك أى من سبب النز (لم يضمن) صاحب البئر لان هذا تسبيب فلا يجب به الضمان الا بالتعدى كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك فى ملكه ليس بتعد فلا يضمن (عمر) رجل (دار زوجته بماله باذنها) أى باذن المرأة (فالعمارة) تكون (لها) لان الملك لها وقد صح أمرها بذلك (والنفقة) التى صرفها الزوج على العمارة (دين عليها) لانه غير متطوع فيرجع عليها لصحة الامر فصار كالمأمور بقضاء الدين (و) لو عمرها (لنفسه بلا اذنها) أى بلا اذن المرأة (فله) أى فالعمارة له أى للزوج لان الآلة التى بنى بها ملكه فلا تخرج عن ملكه بالبناء من غير الاذن فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك (و) اذا عمرها (لها) أى للمرأة (بلا اذنها فالعمارة لها) أى للمرأة (وهو متطوع) فى البناء فلا يكون له الرجوع عليها به (ولو اخذ) شخص (غريمه فنزعه انسان من يده لم يضمن) النازع اذا هرب الغريم لان النزع سبب وهروبه علة فيضاف الحكم اليها كما اذا حل قيد العبد فابق فانه لا يضمن لما ذكرنا وكمن أمسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا (فى يده) أى فى يد رجل (مال انسان فقال له السلطان ادفع الى) هذا (المال والا أقطع يدك أو اضربك خمسين فدفع) المال الى السلطان (لم يضمن) الدافع لانه مكره عليه (وضع) رجل (منجلا) بكسر الميم وهو ما يحصد به الزرع (فى الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء فى اليوم الثانى ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل) لان الشرط أن يجرحه انسان أو يذبحه ولم يوجد وتقييده باليوم الثانى اتفاقى حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه (كره من الشاة الحيا) مقصورا وهو الفرج (والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر) لما روى الاوزاعى عن واصل بن أبى جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال أبو حنيفة رحمه الله الدم حرام وأكره الستة قلت لان الدم ثبت بالنص حرمته وكره ما سواه لانها مما تستخبثه النفس

وتكرهها (للقاضي أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لقدرته على الاستخلاص بخلاف الاب والوصي والملتقط لعجزهم وقوله اللقطة منصوب عطفا على قوله مال الغائب (صبي حشفته ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مختونا و) الحال أنه (لا تقطع جلدة ذكره الا بتشديد ترك) القطع لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فاذا كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان يواري الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر ان قطع أكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما (كشيخ) أي كما يترك شيخ (أسلم وقال اهل البصيرة) أي أهل الخبرة والنظر (انه) أي ان الشيخ (لا يطيق الختان) للعذر الظاهر (ووقته) أي وقت الختان (سبع سنين) لانه سن التميز وقيل لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبل البلوغ وقيل أقصاه اثنتا عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل عشر سنين لانه يؤمر بالطهارة اذا بلغ عشرا اعتيادا أو تخلقا فيحتاج الى الختان وقيل ان كان قويا يطيق ألم الختان ختن والا فلا وهو أشبه بالفقه وقال أبو حنيفة لا علم لي بوقته ولم يرو عن أبي يوسف ومحمد فيه شيء وانما المشايخ اختلفوا فيه وختان المرأة ليس بسنة وانما هو مكرمة لانه ألذ للجماع وقيل سنة كالرجال (والمسابقة بالفرس والابل والارجل والرمي جائزة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا سبق الا في خف أو نصل أو حافر قلت ويجوز أيضا بالحمير والبغال لان الحافر يشملهما (وحرم شرط الجعل) بضم الجيم وهو الذي يسمى عند الناس الرهن (من الجانبين) بأن يقول ان سبق فرسك فلك علي كذا وان سبق فرسي فلي عليك كذا وهو قمار فلا يجوز (لا) يحرم اذا كان (من احد الجانبين) بأن يقول ان سبقتني فلك علي كذا وان سبقتك فلا شيء لي عليك لانه ليس بقمار لان المقامرة مفاعلة فتقتضي أن تكون من الجانبين وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز أيضا من أحد الجانبين لما فيه من تعليق التمليك بالخطر ولهذا لا يجوز فيما عدا الاربعة المذكورة في الكتاب كالبغل وان كان الجعل مشروطا من احد الجانبين وفي الحديث اشارة اليه لانه خصص هؤلاء به والمراد به الاستباق بالجعل لان الاستباق بلا جعل يجوز في كل شيء وشرطه أن تكون الغاية مما تحتملها الفرس وكذا شرطه أن يكون في كل واحد من الفرسين احتمال السبق أما اذا علم ان أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز والمراد بالجواز المذكور في باب المسابقة الحل دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضي ولا يقضي عليه به (ولا يصلى على غير الانبياء والملائكة عليهم السلام الا بطريق التبع) كما يقال اللهم صل على محمد وآله وذلك لان في الصلاة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك لمن تتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز (والاعطاء باسم النيروز والمهرجان لا يجوز) اراد الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر وقال أبو حفص الكبير لو أن رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز وأهدى الى بعض المشركين بيضة يريد بها تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وفي الجامع الاصغر رجل اشترى يوم النيروز شيأ لم يكن يشتريه قبل ذلك ان أراد به تعظيم ذلك اليوم كما يعظمه المشركون كفر وان أراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر (ولا بأس بلبس القلانس) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك

ذكره فى الذخيرة وهو جمع قلنسوة (وندب) أى استحب (لبس السواد) اخذوه من دخول النبى عليه الصلاة والسلام مكة وعلى رأسه عمامة سوداء والسواد شعار بنى العباس رضى الله عنهم (و) ندب أيضا (ارسال ذنب العمامة بين كتفيه الى وسط الظهر) لانه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك وقيل قدر شبر وقيل الى موضع الجلوس (وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل) لانه أفضل منه قال الله تعالى قل هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم فى الصلاة وهى أحد اركان الاسلام وهى تالية الايمان وقال تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم والمراد بأولى الامر العلماء فى أصح الاقوال والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يقدمون والعلماء ورثة الانبياء عليهم الصلاة والسلام على ماجاءت به السنة (ولحافظ القرآن أن يختم فى أربعين يوما) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة فقدروا للختم أقله بأربعين يوما يقرأ فى كل يوم حزبا أو نصف حزب أو أقل والله أعلم

هذا (كتاب) فى بيان أحكام (الفرائض)

هى جمع فريضة من الفرض وهو التقدير يقال فرض القاضى النفقة أى قدرها وسمى هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبى مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة كقوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ولله على الناس حج البيت وانما السنة بينتها وهذا العلم من أشرف العلوم وقال عليه الصلاة والسلام العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة وقد حث عليه الصلاة والسلام على تعليمه وتعلمه بقوله تعلموا الفرائض وعلموها فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شئ ينزع من أمتى وبقية الكلام فى كتب الفرائض مدونة (يبدأ من تركة الميت) وهو ما يتركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقا بعينه كالرهن والعبد الجانى والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما فى حال حياته وان لم يكن يبدأ (بتجهيزه) من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية أو كفن السنة أو قدر ما يلبسه فى حياته من أوسط ثيابه أو من الذى كان يتزين به فى الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه (ثم دينه) بالجر أى يبدأ بوفاء دينه الذى له مطالب من جهة العباد لا دين الزكوات والكفارات ونحوها لانه واجب فيقدم على الوصية لانها تبرع (ثم وصيته) بالجر أيضا أى ثم يبدأ بوصيته أى بتنفيذها من ثلث ما بقى بعد التجهيز والدين وفى أكثر من الثلث لا يجوز الا باجازة الورثة على ما مر ثم هذا ليس بتقديم على الورثة فى المعنى بل هو شريك لهم حتى اذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه أو أكثر (ثم يقسم) الباقى (بين ورثته وهم) أى الورثة (ذو فرض) وفسره بقوله (اى ذو سهم مقدر) أى صاحب سهم مقدر فى الكتاب أو السنة ثم شرع يبين الفروض المقدرة بالفاء بقوله (فللاب السدس مع الولد وولد الابن) لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد وولد الابن ولد شرعا بالاجماع ودخوله فى الولد

من

من عموم المجاز وليس هو بجمع بين الحقيقة والمجاز وجميع أحوال الاب فى الفرائض ثلاث
احداها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن أو ابن الابن وان سفل والثانية الفرض
والتعصيب وذلك مع البنت أو بنت الابن والثالثة التعصيب المطلق وذلك اذا لم يكن للميت ولد
ولا ولد ابن (والجد) أب الاب (كالاب) عند عدمه (ان لم يتخلل فى نسبته) الى الميت (أم) وهذا
هو الجد الصحيح فيكون له السدس مع الولد وولد الابن (الا) استثناء من قوله كالاب يعنى الجد
ليس كالاب فى مسئلتين أشار الى الاولى بقوله (فى ردها) أى فى رد الام أى أم الميت من ثلث
الجميع (الى ثلث ما بقى) فى زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان الاب يردها اليه لا الجد وأشار
الى الثانية بقوله (وحجب أم الاب) فان الاب يحجبها دون الجد وان تخلل فى نسبته الى الميت أم
كان فاسدا فلا يرث الا على أنه من ذوى الارحام (ويحجب) الجد (الاخوة) كالاب لانه قائم مقامه
وهذا على اطلاق قول ابى حنيفة على ما يجىء ان شاء الله فله الاحوال الثلاث التى ذكرناها فى
الاب وله حالة رابعة وهو السقوط بالاب لانه أقرب منه (وللام الثلث) عند عدم الولد وولد الابن
وعند عدم الاثنين من الاخوة والاخوات على ما يجىء الآن (و) الام (مع الولد أو ولد الابن
أو) مع (الاثنين من الاخوة والاخوات لا) ترث الثلث وانما ترث السدس ووقع فى بعض النسخ
ومع الولد أو ولد الابن أو الاثنين من الاخوة والاخوات السدس أى ولها مع هؤلاء السدس
ولفظ الجمع فى الاخوة فى قوله تعالى فان كان له اخوة يطلق على الاثنين فتحجب الام بهما من
الثلث الى السدس من أى جهة كانا أو من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول
جمهور الصحابة وروى عن ابن عباس أنه لم تحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم
عملا بظاهر الآية (و) الام (مع الاب وأحد الزوجين ثلث الباقى بعد فرض احدهما) فيكون
لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو ثلث الباقى بعد فرض أحد
الزوجين فصار للام ثلاثة أحوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين والسدس
وابن عباس لا يرى ثلث الباقى بل يورثها ثلث الكل والباقى للاب وخالف فيه جمهور
الصحابة رضى الله عنهم (وللجدة وان كثرن السدس ان لم يتخلل جد فاسد فى نسبتها الى الميت)
وكن متحاذيات فى الدرجة ومعرفة الصحيحة من الفاسدة هى ان كل شخص له جدتان أم أم وأم
أب ولابيه وأمه كذلك الى أن ينتهى الى آدم وحواء عليهما السلام فالصحيحة منهن من لا يتخلل
فى نسبتها الى الميت ذكر بين انثيين والفاسدة من يتخلل فى نسبتها كذلك اذ كل أب يدلى الى الميت
بأنثى جد فاسد فمن يدلى به يكون فاسدا ذكرا كان أو أنثى واذا أردت تنزيل عدد من الجدات
الوارثات المتحاذيات فاذكر أولا لفظ أم أم بمقدار العدد الذى تريده ثم تقول أم أم وتجعل
مكان الام الاخيرة أبا ثم فى كل مرة تبدل مكان الام أبا على الولاء الى أن يبقى لفظة أم مرة
واحدة مثاله اذا سئلت عن أربع جدات وارثات متحاذيات فقل أم أم أم بقدر عددهن
لاثبات الدرجة التى يتصور أن يجتمعن فيه فانه لا يتصور أن يجتمعن الا اذا ارتفعن قدر عددهن
من الدرجات فأربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن الا فى الدرجة الرابعة فتقول أم أم أم
أم أربع مرات فهذه واحدة منهن وهى من جهة الام ولا يتصور من جهتها وارثة أكثر من
واحدة ثم تأتى بواحدة أخرى من جهة الاب فى درجتها فتقول أم أم أم الاب ثم تأتى بأخرى من

جهـة الجد فتقول أم أم أب الاب ثم تأتي بأخرى من جهة جد الاب فتقول أم أب أب الاب ولا يتصور أن يجتمع الوارثات في هـذه الدرجة أكثر من ذلك لان كل جد صحيح أمه وارثة وكذا أم أمه وان علت ولا يتصور أن تكون جـدة وارثة من كل أب الا واحـدة فتحتاج أن تأتي من الآباء قدرهن عددا الا واحدة وهي التي من جهة الام فانها الا تدلي بذكر والثانية تدلي بالاب فلهذا حذفت في النسبة الثانية امّا واحدة وأبدلت مكانها أبا والثالثة تدلي بالجد فلهذا أسقطت اثنين وأبدلت مكانهـما اثنين والرابعة تدلي بجد الاب فلهذا أسقطت ثلاث أمهات وأبدلت مكانهن ثلاثة آباء فهذا طريقه في أكثر منهن الى ما لا يتناهى هـذا لمعرفة الصحيحات في هـذه الدرجة واذا أردت أن تعرف ما بازاء الصحيحات من الفاسدات فخذ عدد الصحيحات واجعله بيمينك واطرح منه اثنين واجعلهما بيسارك ثم ضعف ما في يسارك بعـدد ما بقي في يمينك فالمبلغ عـدد الجـدات الصحيحات والفاسدات جميعا فاذا أسقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات من الفاسـدات مثاله اذا سئلت عن أربع جدات صحيحات كم بازائهن من الفاسـدات خذ أربعة بيمينك واطرح منها اثنين فخذهما بيسارك فاذا ضعفت هذا المطروح بعدد ما بقي في يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات أجمع في هذه الدرجة فاذا أسقطت عدد الصحيحات وهن أربع بقي أربع وهن الفاسدات وميراثهن السدس وان كثرن يشتركن فيه (وذات جهتين كذات جهة) يعني اذا ترك جدتين احداهما ذات جهتين والاخرى ذات جهة واحدة فهما سواء حتى يقسم السدس بينهـما نصفين عند أبي يوسف وعند محمد تستحق بالجهتين فيقسم السدس بينهما أثلاثا ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات الجهـة الواحـدة مثال ما تكون الواحـدة ذات قرابتين أن تكون أم أم الام وهي أيضا أم أب الاب والاخرى ذات قرابة واحدة كام أم الاب بهذه الصورة (والبعـدى تحجب بالقربى) سواء كانت من جهـة واحـدة أو من جهتـين وسواء كانت القربى وارثة أو محجوبة بالاب أو بالجد وفي رواية عن ابن مسعود رضي الله عنـه لا يحجب الجدات الا الام وفي رواية عنـه وعن زيد بن ثابت رضي الله عنـهما ان القربى اذا كانت من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهـة الام وبالعكس تحجب (والكل) أي ويحجب الكل أي كل الجدات (بالام) اذا كانت وارثة وعليه الاجماع وكذا الابويات منهن يحجبن بالاب اذا كان وارثا روى ذلك عن عثمان وعلي والزبير وسعد وزيد بن ثابت رضي الله عنهـم وبه أخـذ جمهور العلماء وروى عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصـين وأبي موسى الاشـعري وأبي الطفيل عامر بن واثلة رضي الله عنهم انهم جعلوا لها السـدس مع الاب وبه أخـذ طائفة من أهل العـلم من التابعين وغيرهم (وللزوج النصف ومع الولد او ولد الابن وان سفل الربع) لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم الخ ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثـله بالنص أو بالاجماع فصار له حالتان النصف والربع (وللزوجـة الربع ومع الولد أو ولد الابن وان سـفل الثمن) لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم الخ وفي نسخة الشارح وللزوجة نصـفه اي للزوجـة نصف ما للزوج فيكون لها الربع ومع الولد أو ولد الابن وان سفل الثمن (وللبنت النصف) لقوله

ميت
أب ——— ام
ام اب ام
ام ام

تعالى وان كانت واحدة فلها النصف (وللاكثر) من البنات (الثلثان) وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ علماء الامصار وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه جعل حكم الثنتين منهن مثل حكم الواحدة فجعل لهما النصف بظاهر النص (وعصبها) أى البنات (الابن وله) أى للابن (مثل حظهما) أى حظ الاثنتين يعنى يكون للابن مثل حظ الانثيين (وولد الابن كولده عند عدمه) أى عند عدم الولد حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان فيعصبهن الذكور وعند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الانثيين (ويحجب) ولد الابن (بالابن) ذكورهم واناثهم فيه سواء لان الابن أقرب وهو عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة وكذا بالفرض لان بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع أصلهن وان كن لايدلين به بان كان عمهن فهو مساو لاصلهن فيحجبهن كما يحجب أولاده (و) اذا كان (مع البنت) الصلبية أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وان سفل أو المجموع كان (لاقرب الذكور) من الميت (الباقى) من المال بعد فرض البنت الصلبية لان الاقرب عصبة فيحجب الابعد وهذا انما يستقيم اذا لم يكن فى درجته بنت ابن وأما اذا كانت فى درجته بنت ابن فتشاركه فلا يكون الباقى من فرض البنت له وحده (وللاناث) أى لبنات الابن مع الواحدة الصلبية (السدس تكملة للثلثين) ومراده اذا لم يكن فى درجتهن ابن ابن وأما اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه فلا يرثن السدس وانما كان لهن السدس عند انفرادهن (وحجبن) أى بنات الابن (ببنتين) صلبيتين لان ارثهن كان تكملة للثلثين وقد كمل ببنتين فيسقطن اذ لاطريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا (الا أن يكون معهن) أى مع بنات الابن (او أسفل منهن ذكر فيعصب من كان بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم وتسقط من دونه) وأراد بقوله معهن أن يكون فى درجتهن سواء كان أخالهن أو لم يكن وهذا مذهب على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وبه أخذ عامة العلماء وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال يسقطن بنات الابن ببنتى الصلب وان كان معهن غلام ولا يقاسمنه وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن أسوأ الحالتين من السدس والمقاسمة فأيهما أقل أعطين وتسمى هذه المسائل الاضرار على قول ابن مسعود رضى الله عنه ثم الاصل فى بنات الابن عند عدم بنات الصلب ان أقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتى تليها فى القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل وان سفلن مثاله ميت

لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض

ابن بنت ابن ابن

وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من

ابن بنت ابن بنت ابن

بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن

ابن بنت ابن بنت ابن بنت

أسفل من بعض بهذه الصورة فالعليا من

ابن بنت ابن بنت

الفريق الاول لايوازيها أحد فيكون لها

ابن بنت

النصف والوسطى من الفريق الاول يوازيها العليا من الفريق الثانى فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولاشئ للسفليات الا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ان لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب

الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان مع
السفلى من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث
والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب
الفرائض والمعنى ما ذكرنا أن العليا تنزل منزلة البنت والبواقي منازل بنات الابن ولو كان
مع العليا من الفريق الاول عصب أخته وسقطت البواقي كما ذكرنا في الاولاد فصار لبنات
الابن أحوال ست النصف للواحدة والثلثان للاثنين فصاعدا أو المقاسمة مع ابن الابن
والسدس مع الصلبية الواحدة والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا أن يكون معهن غلام
(والاخوات لاب وام كبنات الصلب عند عدمهن) أى عند عدم البنات وبنات الابن حتى
يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الاخوة لأب وأم للذكر مثل حظ الانثيين لقوله
تعالى قل الله يفتيكم فى الكلالة الآية (و) الاخوات (لاب) مع الاخوات لاب وأم (كبنات
الابن مع الصلبيات) حتى يكون للواحدة من الاخوات لاب النصف عند عدم الاخوات لاب
وأم وللثنتين فصاعدا الثلثان ومع الاخوة لاب للذكر مثل حظ الانثيين ومع الاخت الواحدة
لاب وأم السدس تكملة للثلثين ويسقطن بالاختين لام وأب الا أن يكون معهن أخ لاب
فيعصبهن (وعصبهن) أى عصب الاخوات لاب وأم أولاب (اخوتهن و) عصبهن أيضا (البنت
وبنت الابن) لقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وجعل الشيخ
رحمه الله البنت ممن تعصب الاخوات وهو مجاز وفى الحقيقة لا تعصبهن وانما يصرن عصبة
معها لانها والبنت بنفسها ليست بعصبة فى هذه الحالة فكيف تعصب غيرها بخلاف الاخوة
على ما يجيء عن قريب ان شاء الله تعالى وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله عنهم وروى عن ابن
عباس رضى الله عنهما أنه أسقط الاخوات بالبنت واختلفت الرواية فى الاخوة والاخوات
مع البنت فى رواية عنه الباقى كله للاخوة وفى رواية أخرى عنه الباقى بينهم للذكر مثل حظ
الانثيين قيل هو الصحيح من مذهبه وكذلك لو كان مع البنت أخت لام وأب وأخ وأخت لاب
وفى رواية الباقى للاخ وحده وفى رواية عنه بين الجميع للذكر مثل حظ الانثيين (وللواحد
من ولد الام السدس وللاكثر الثلث ذكورهم كاناثهم) لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة
أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى
الثلث المراد به أولاد الام لان أولاد الاب والام أو الاب مذكورون فى آية النصف على
ما ذكرنا من قبل ولهذا قرأها بعضهم وله أخ أو أخت لام (وحجبن) أى الاخوات كلهن (بالابن
وابنه وان سفل و) كذلك حجبن (بالاب والجد) وان علا وكذلك الاخوة يحجبون بهم لان
ميراثهم مشروط بالكلالة واختلف فيها هل هى صفة للميت أو للورثة أو للتركة وقرئ يورث
بكسر الراء وفتحها وايا ما كان يشترط بتسميته به عدم الوالد والولد للميت فيسقطون
بهم (والبنت تحجب ولد الام فقط) أى يحجب الاخوة من الام وحدهم ولا تحجب الاخوة
والاخوات من الابوين أو من الاب كما أن شرط ارثهم الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد
فتحجبهم وكذا بنت الابن لما أن ولد الابن ولد وقوله (وعصبة) بالرفع عطف على قوله ذو فرض
فى أول الكتاب تقديره والورثة ذو فرض وعصبة ثم فسر العصبة بقوله (أى من اخذ الكل)

اى

أى كل المال (ان انفرد) يعنى اذا كان وحده (و) أخذ (الباقى) أى الذى يبقيه صاحب
الفرض وهو معنى قوله (مع ذى سهم) أى مع صاحب سهم مقدر (والاحق الابن) أى أحقهم
وأولاهم بالعصوبة جزء الميت وهو ابنه وان سفل وغيرهم محجوبون بهم (ثم ابنه) أى ثم
الاحق ابن الابن لانه يقوم مقامه (وان سفل) ابن الابن الى غير نهاية (ثم الاب) أى ثم الاحق
بالعصوبة أصل الميت وهو الاب (ثم أب الاب وان علا) الى غير نهاية (ثم الاخ) أى ثم الاحق جزء
الاب وهو الاخ (لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب) لانهم جزء الاب
فيقدمون على الاعمام (ثم) الاحق بالعصوبة بعد هؤلاء (الاعمام) لانهم جزء الجد فكانوا
أقرب (ثم اعمام الاب ثم اعمام الجد على الترتيب) الذى ذكرناه فى الاخوة وهو أن يقدم العم
لاب وأم على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وأم وكذا يعمل فى اعمام الاب يقدم منهم
ذو قرابتين عند الاستواء فى الدرجة وعند التفاوت فى الدرجة يقدم الاعلى (ثم) الاحق بعد
هؤلاء (المعتق) وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب (ثم)
الاحق (عصبته) أى عصبة المعتق (على الترتيب) الذى ذكرناه بأن يكون جزء المولى أولى وان
سفل ثم أصوله ثم جزء أبيه ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند
التفاوت هذا اذا لم يكن للمعتق عصبة من النسب على الترتيب الذى ذكرناه (و) النساء (اللاتى
فرضهن النصف والثلثان) وهن البنات وبنات الابن والاخوات لاب وأم والاخوات لاب
(يصرن عصبة باخوتهن لا غير) هذا فى البنات والاخوات ظاهر لان عصوبتهن تقتصر عليه
وأما بنات الابن فانهن يصرن عصبة بأبناء أعمامهن أيضا وان سفل كما ذكرناه فى مسائل التشبيب
فيكون معناه فى حقهن باخوتهن أو بمن له حكم اخوتهن وذكر الشيخ العصبات هنا واستوفى
ذكرها الا العصبة مع الغير وهو الاخوات مع البنات وانما ترك ذكرهن لانه ذكرهن فيما تقدم
(ومن يدلى بغير يحجب به) أى بذلك الغير (سوى ولد الام) فانه يدلى بالام فلا تحجبه بل تحجب
بالاثنين منهم من الثلث الى السدس على ما بينا (والمحجوب يحجب كالاخوين أو الاختين يحجبان
الام من الثلث الى السدس مع الاب) وهما لا يرثان معه لان ارث الاخوة مشروط بالكلالة
وارث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة (لا يحجب (المحروم) عن الارث (بالرق)
أى بسبب الرق (و) بسبب (القتل مباشرة) أى من حيث المباشرة وهو الذى يتعلق به وجوب
القصاص أو الكفارة وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو بقصاص لا يوجب
الحرمان عندنا وعند الشافعى يتعلق الحرمان بمطلق القتل حتى لا يرث عنده اذا قتله بقصاص
أو رجم أو كان القريب قاضيا فحكم بذلك أو شاهدا يشهد به أو باغيا فقتله أو شهر عليه سيفا
فقتله دفعا كل ذلك يمنع الارث عنده وهذا لا معنى له لان الشارع أوجب عليه أو أجاز له قتله
والمراد بقوله عليه السلام ليس للقاتل شئ من الميراث هو القتل بالتعدى دل عليه قوله عليه
السلام ليس للقاتل شئ من الميراث بعد صاحب البقرة أى قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان
متعديا (و) بسبب (اختلاف الدين) أى الاختلاف بين الاسلام والكفر لقوله عليه السلام
لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية
والمجوسية وعبادة الوثن فلا يمنع الارث حتى يجرى التوارث بين اليهود والمجوس والنصارى

لان الكفر كله ملة واحدة (أو) اختلاف (الدار) والمؤثر في منع الارث هو الاختلاف حكما
حتى لا يعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجري الارث بين المستأمن والذمي في دارنا ولا في دار الحرب
ويجري بينه وبين من هو في داره لان المستأمن اذا دخل الينا أو اليهم من أهل داره حكما
وان كان في غيره حقيقة والدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الاسلام ودار
الحرب ودارين مختلفين من دار الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم
والارث يكون بالولاية (والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلمين) لانه محتاج مكلف فيملك
بالاسباب الموضوعة للملك كالمسلم (ولو حجب احدهما) أي أحد الكافرين (فبالحاجب)
أي فيرث بالحاجب أراد أنه اذا اجتمع في الكافر قرابتان لو تفرقتا في شخصين حجب أحدهما
الآخر يرث بالحاجب وان لم يحجب يرث بالقرابتين كما اذا تزوج مجوسي أمه فولدت له ابنا فهذا
الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها اذا ماتت على أنه ابن ولا يرث على أنه ابن الابن لان ابن الابن
يحجب بالابن ولو ولدت له بنتا مكان الابن ترث الثلثين النصف على انها بنت والسدس على
انها بنت الابن تكملة الثلثين وترث من ابيها على انها بنت ولا ترث على انها أخت من أم
لان الاخت تسقط بالبنت ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من أمها النصف على انها بنت
وترث الباقي على انها عصبة لانها أختها من أبيها وهي عصبة مع البنت وان مات أبوها ترث
النصف على انها بنت ولا ترث على انها بنت بنت لانها من ذوي الارحام فلا ترث مع وجود
ذي سهم أو عصبة وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وفي رواية
عن ابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنها ترث بأثبت القرابتين وآكدهما أي بأقواهما
وبه أخذ مالك والشافعي والصحيح الاول (لا) يرث الكافر (بنكاح محرم) كما اذا تزوج المجوسي
أمه أو غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح (ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الام فقط) لان نسبه
من جهة الاب منقطع فلا يرث به ومن جهة الام ثابت فيرث به أمه واخوته من الام بالفرض
لاغير وكذا ترثه أمه واخوته من أمه فرضا لاغير ولا يتصور أن يرث هو أو يورث بالعصوبة
الا بالولاء أو بالولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمه أو ولده بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه أو معتق
معتقه أو ولده بذلك (ووقف للحمل حظ ابن) أي نصيب ابن واحد عند أبي يوسف وعنه يوقف
نصيب ابنين وهو قول محمد لان ولادة الاثنين معتادة وعن أبي حنيفة أنه يوقف نصيب أربع
بنين أو أربع بنات أيهما أكثر لانه يتصور ولادة أربعة في بطن واحد فيترك نصيبهم
احتياطا والفتوى على الاول (ويرث) الحمل (ان خرج أكثره) وهو حي (فمات لا) يرث ان
خرج (اقله) وهو حي فمات لان انفصاله من البطن حيا شرط لارثه والاكثر يقوم مقام الكل
ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر صدره وان خرج منكوسا فالمعتبر سرته (ولا توارث بين الغرقى)
وهو جمع غريق يعني اذا ماتوا في الغرق (والحرقى) جمع حريق يعني اذا ماتوا من الاحتراق
ولا يدري ايهم مات أولا جعلوا كأنهم ماتوا جميعا معا فيكون مال كل واحد منهم لورثته ولا يرث
بعضهم بعضا (الا اذا علم ترتيب الموتى) فيرث حينئذ المتأخر من المتقدم وهو قول أبي بكر وعمر
وزيد واحدى الروايتين عن علي رضي الله عنهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه يرث بعضهم
بعضا الا ما ورث كل واحد منهما من صاحبه وهو احدى الروايتين عن علي رضي الله عنه

(وذورحم) بالرفع عطف على قوله وعصبة يعني الورثة ذوفرض وعصبة وذورحم ثم فسر ذا الرحم بقوله (هو قريب ليس بذي سهم) أي ليس صاحب فرض مقدر (و) لا (عصبة) وهو يرث عند عدم النوعين الاولين وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم غير زيد بن ثابت فانه قال لاميراث لذوي الارحام بل يوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي والاصح ماقلنا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله فتوارثوا بالنسب ولما روي المقداد بن معديكرب عن النبي عليه الصلاة والسلام قال من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه احمد وأبو داود وآخرون وعلى هذا كانت الصحابة حتى روي عن عمر رضي الله عنه في عم لام وخالة أعطى العم الثلثين والخالة الثلث وكثير من أصحاب الشافعي خالفوه منهم ابن سريج وذهبوا الى توريث أولي الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه في غير المصارف (ولا يرث) ذو رحم (مع) وجود (ذي سهم) أي صاحب فرض (وعصبة سوى أحد الزوجين) فيرث ذو الرحم معه (لعدم الرد عليهما) لان العصبة أولى منه وكذا الرد على ذي السهام أولى منه لانهم أقرب الا الزوجين فانهما لاقرابة لهما مع الميت وارثهما نظير الدين فان صاحب الدين لا يرد عليه مافضل بعد قضاء الدين فكذا لا يرد عليهما مافضل من فرضهما على ذلك كان عامة الصحابة وكان عثمان رضي الله عنه يرد على الزوجين أيضا وكان زيد بن ثابت لا يرى الرد على احد من ذوي الفروض وما فضل منهم يوضع في بيت المال عنده وفي القنية ويفتى بالرد على الزوجين في زماننا لفساد بيت المال (وترتيبهم) أي ترتيب ذوي الارحام في الارث (كترتيب العصبات) تقدم فروع الميت كاولاد البنات وان سفلوا ثم أصوله كالاجداد الفاسدين والجدات الفاسدات وان علوا ثم فروع أبويه كاولاد الاخوات وبنات الاخوة وبني الاخوة لام وان نزلوا ثم فروع جديه وجدتيه كالعمات والاعمام لام والاخوال والخالات وان بعدوا فصاروا اربعة أصناف (والترجيح بقرب الدرجة) لان ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد في كل صنف منهم كما في العصبات (ثم) اذا استووا في الدرجة (بكون الاصل وارثا) يعني من يدلي بوارث أولى من كل صنف لان الوارث أقوى قرابة من غير الوارث (وعند اختلاف جهة القرابة) بأن كان بعض ذوي الارحام من من جهة الاب و بعضهم من جهة الام (فلقرابة الاب) حينئذ (ضعف قرابة الام) بأن يكون لمن هو من جهة الاب الثلثان ومن جهة الام الثلث وهذا لا يتصور في الفروع وانما يتصور في الاصول والعمات والاخوال (وان اتفقت الاصول) يعني ان اتفقت صفة من يدلون به في الذكورة والانوثة ولم يختلفوا فيها (فالقسمة) حينئذ (على الابدان) حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والمراد بالاصول المدلى بهم سواء كانوا أصولا لهم أو لم يكونوا (والا) أي وان لم تتفق صفة الاصول (فالعدد) أي فيعتبر العدد (منهم) أي من الفروع (والوصف من بطن) الذي (اختلف) فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد من ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذي في ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه والانثى الواحدة اناثا بعدد فروعها ويعطى الفروع ميراث الاصول واذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على أول بطن اختلف

على الصفة التي ذكرنا ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما أصاب الذكور يجمع ويقسم على أول بطن اختلف بعد ذلك وكذا ما أصاب الاناث وهكذا يعمل الى أن ينتهي الى الذين هم أحياء وهذا قول محمد رحمه الله وعند أبي يوسف والحسن بن زياد يعتبر أبدان الفروع سواء اتفقت صفة الاصول في الذكورة والانوثة أو اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان أو أكثر تعتبر الجهتان والجهات فيرث بكل جهة غير أن أبا يوسف يعتبرها في الفروع ومحمدا في الاصول بخلاف الجدة حيث لا ترث الا بجهة واحدة عند أبي يوسف وذو الرحم يرث بالجهتين عنده في الصحيح وقول محمد أصح في ذوي الارحام جميعا وهو أشهر الروايتين عن أبي حنيفة (والفروض) المقدرة في كتاب الله عز وجل (نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس ومخارجها) أي مخارج هذه الفروض المذكورة وهي الستة سبعة الاول (اثنان) مخرج النصف (و) الثاني (أربعة) مخرج الربع (و) الثالث (ثمانية) مخرج الثمن (و) الرابع (ثلاثة) مخرج الثلثين والثلث (و) الخامس (ستة) مخرج السدس وهو معنى قوله (يسميها) أي يسمى الاربعة والثمانية والثلاثة والستة لان مخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذي يشاركه في الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس يسمى له فلذلك قيد بقوله اثنان مخرج النصف هذا كله عند الانفراد وان جاء مختلطا بغيره فلا يخلو اما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالنوع الآخر فالاول مخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا للجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج للثمن والستة مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه والثاني يكون مخرجهما من أقل عدد يجمعهما (و) السادس (اثنا عشر) مخرج الاربعة والستة بالاختلاط وذلك لان مخرج الربع الذي هو الاربعة يوافق مخرج السدس الذي هو الستة بالنصف فاذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر يبلغ اثني عشر ومنه يخرج الجزآن (و) السابع (أربعة وعشرون) مخرج الثلاثة والثمانية بالاختلاط وذلك لان مخرج الثلث الذي هو الثلاثة لا يوافق الثمانية فاضرب الثلاثة فيها تبلغ أربعا وعشرين فمنه يخرج الجزآن وقوله (بالاختلاط) قيد لقوله اثنا عشر ولقوله أربعة وعشرون وقد ذكرناه (وتعول) هذه المخارج (بزيادة) من أجزاء المخرج فترتفع المسئلة أي تعول والعول الارتفاع ومنه عال الميزان وذلك اذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفي أجزاء المخرج لذلك فيحتاج الى العول حينئذ ثم شرع يبين الذي يعول والذي لا يعول بقوله (فستة تعول الى عشرة وترا) أي من حيث الوتر وأراد به السبعة والتسعة (وشفعا) أي من حيث الشفع وأراد به الثمانية مثال عولها الى سبعة زوج وأختان لابوين أو لاب أو زوج وجدة وأخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج وأخت من أب وأختان من أم أو زوج وثلاث أخوات متفرقات أو زوج وأم وأخت من أب أو زوج وأختان من أبوين وأخت من أم أو زوج وأم وأختان من أب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاثة أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب وأختان من أم أو زوج وأختان من الابوين وأم وأخت من أم ومثال عولها الى عشرة زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم (واثنا عشر) تعول (الى سبعة عشر وترا) وأراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر مثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وأم أو زوجة وأختان

لابوين

لابوين وأخت لام أو زوج وبنتا ابن وأم أو جدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وأبوان أو زوجة واختان لاب واختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر أربع أخوات لام وثمان أخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات (وأربعة وعشرون) تعول (الى سبعة وعشرين) ومافيها الا عولة واحدة وهى المنبرية وهى زوجة وبنتان وأبوان سميت بذلك لان عليا رضى الله عنه سئل عنها وهو على المنبر يخطب فقال صار ثمنها تسعا مرتجلا ومضى فى خطبته ولا تعول أكثر من ذلك الا عند ابن مسعود رضى الله عنه فانها تعول عنده الى أحد وثلاثين فيما اذا تركت امرأة وأختين لام وأما وأختين لاب وابنا كافرا أو رقيقا أو قاتلا له لان من أصله أن المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان فيكون للمرأة الثمن عنده وللام السدس وللاختين لاب الثلثان وللاختين لام الثلث ومجموع ذلك أحد وثلاثون (وان انكسر حظ فريق) أى نصيب طائفة من الورثة (ضرب وفق العدد) وهو الروس (فى الفريضة) وهى السهام (ان وافق) العدد أراد ان كان بين الروس والسهام موافقة يضرب وفق عددهم فى الفريضة وهى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فالمبلغ تصحيح المسئلة كجدة وأخت لام وعشرين أختا لاب أصلها من ستة فللجدة سهم وكذا للاخت لام وللاخوات لاب أربعة لا تنقسم عليهن ويوافق روسهن بالربع فاضرب ربع روسهن وهو خمسة فى أصل المسئلة وهى ستة تبلغ ثلاثين فمنها تصح (والا) أى وان لم يوافق العدد أعنى الروس السهام (فالعدد) أى فيضرب العدد أى عدد الروس (فى الفريضة) أى فى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة (فالمبلغ مخرج) التصحيح مثاله زوج وسبع أخوات لاب أصلها من ستة وتعول الى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللاخوات الثلثان أربعة فلا ينقسم عليهن ولا يوافق فاضرب روسهن فى الفريضة تبلغ تسعة وأربعين فمنها تصح (وان تعدد الكسر) أراد به اذا انكسر على أكثر من طائفة (وتماثل) عدد روس المنكسر عليهم (ضرب) فريق (واحد) فى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو تصحيح المسئلة مثاله ست أخوات لاب وأم وثلاث أخوات لام وثلاث جدات أصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات لاب وأم الثلثان أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد روسهن الى النصف ثلاثة وللاخوات لام الثلث سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللجدات السدس سهم لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاجتمع معك ثلاثة أعداد متماثلة فاضرب واحدا منها فى الفريضة تبلغ أحدا وعشرين فمنها تصح (وان تداخل) عدد روس المنكسر عليهم (فالاكثر) أى ضرب الاكثر أى أكثر الاعداد مثاله أربع زوجات وثلاث جدات واثنا عشر عما أصلها من اثنى عشر للزوجات الربع ثلاثة وللجدات السدس سهمان وللاعمام ما بقى سبعة ولا موافقة بين الاعداد والسهام لكن الاعداد متداخلة فاضرب أكثرها وهو اثنا عشر فى أصل المسئلة وهو اثنا عشر يكن مائة وأربعة وأربعين منها تصح (وان توافق) أعداد الروس (فالوفق) أى فيضرب وفق أحدها فى جميع الآخر (والا) أى وان لم يوافق (فالعدد) أى فيضرب العدد أى يضرب جميع أحدها فى جميع الآخر وقوله (ثم وثم) أى ثم يضرب ما بلغ فى وفق الثالث ان وافق المبلغ الثالث وان لم يوافق فيضرب كله فيه أقوله (ثم المبلغ) أى ثم يضرب المبلغ أى ما بلغ يضرب (فى الفريضة) فما بلغ تصح منه (و) يضرب

فى (عولها) ان كانت عائلة مثال الموافقة أربع زوجات وثمان عشرة اختا لام واثنتا عشرة
جدة وخمس عشرة أختا لاب أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة
لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللاخوات لام الثلث أربعة لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد
رؤسهن الى النصف تسعة وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد
رؤسهن الى النصف ستة وللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فبين
خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر تبلغ ثلاثين ثم بين
الثلاثين والتسعة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر تبلغ تسعين ثم بين
التسعين والاربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما فى جميع الآخر تبلغ مائة وثمانين
ثم اضرب المائة والثمانين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ ثلاثة آلاف وستين فمنها تصح ومثال
المباينة خمس أخوات لاب وثلاث أخوات لام وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثنى
عشر وتعول الى سبعة عشر فللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا ينقسم عليهن وللاخوات لام
الثلث أربعة لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق
وللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ خمسة عشر
وخمسة عشر لا توافق الاربعة فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ ستين والستون لا توافق
السبعة فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ أربعمائة وعشرين ثم اضرب أربعمائة وعشرين
فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح (وما فضل) عن
فرض ذوى الفروض (يردّ على ذى الفرض بقدر فرضه) أى بقدر سهمه (سوى الزوجين)
فانه لا يردّ عليهما وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وقال زيد بن ثابت
الفاضل لبيت المال وبه أخذ مالك والشافعى وعند عثمان رضى الله عنه يردّ على الزوجين أيضا
وقد ذكرناه (فان كان من يردّ عليه من جنس واحد فالمسئلة) تكون (من رؤسهم كبنتين
أو أختين) لانهما لما استويا فى الاستحقاق صارا كابنين أو أخوين فيجعل المال بينهما نصفين
والمراد بالاختين أن يكونا من جنس واحد بأن يكون كلاهما لاب أو لام أو لابوين (والا) أى
وان لم يكن من يردّ عليه جنسا واحدا بان كانا جنسين أو أكثر (فمن سهامهم) أى فتجعل
المسئلة من سهامهم (فمن اثنين) أى فتجعل من اثنين (لو) اجتمع (سدسان) كجدة وأخت لام
(و) تجعل من (ثلاثة لو) اجتمع (ثلث وسدس) كاخوين لام وجدة أو أم وأخ لام أو أم
وأخوين لام (و) تجعل من (أربعة لو) اجتمع (نصف وسدس) كبنت وبنات ابن أو أخت
لابوين وأخوات لاب أو أخت لاب وأخ لام أو جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث
(و) تجعل من (خمسة لو) اجتمع (ثلثان وسدس) كام أو جدة مع من يستحق الثلثين من الاناث
أو أختان لاب وأخ لام (أو) اجتمع (نصف وسدسان) كبنت وبنت ابن وأم أو جدة وأخت لام
وأخت لاب أو ثلاث أخوات متفرقات أو أم وأخت لام وأخت لاب (أو) اجتمع (نصف وثلث)
كأم وأخت لاب أو أخوين لام وأخت لابوين أو لاب ولا يتصور أن يجتمع فى باب الردّ
أكثر من ثلاث طوائف (ولو) كان (مع الاول) وهو ما اذا كانوا جنسا واحدا (من لا يردّ عليه)
وهو أحد الزوجين (أعط فرضه من أقل مخارجه) أى مخارج الفرض (ثم اقسم الباقى على من

يرد

يردّ عليه كزوج وثلاث بنات) للزوج الربع فاعطه من أقل مخارج الربع وهو اربعة فاذا أخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة أسهم فاستقام على رؤس البنات (وان لم يستقم) الباقي من فرض من لا يردّ عليه ينظر (فان وافق) الباقي من فرض من لا يردّ عليه (رؤسهم كزوج وست بنات فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يردّ عليه) ففي الصورة المذكورة موافقة بالثلث فردّ رؤسهنّ الى ثلثه اثنين ثم اضربه في أربعة (والا) أي وان لم يوافق الباقي رؤسهم (فاضرب كل رؤسهم) في مخرج فرض من لا يردّ عليه (كزوج وخمس بنات) فانه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤسهنّ وهو الخمسة في الاربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسئلة فتصح في الاول من ثمانية وفي الثاني من عشرين لانك في الاول ضربت اثنين في أربعة وفي الثاني خمسة في أربعة فيأخذ الزوج في الاول سهمين يبقى ستة فلكل واحدة من البنات سهم ويأخذ في الثاني خمسة فيقسم الباقي على خمسة نصيب كل واحدة منهنّ ثلاثة أسهم (ولو) كان (مع الثاني) وهو الطائفتان أو أكثر (من لا يردّ عليه فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يردّ عليه على مسئلة من يردّ عليه) وهو سهامهم (كزوجة وأربع جدات وست اخوات لام) للزوجة الربع فاعطها من أقل مخارجه وهو واحد من أربعة تبقى ثلاثة تنقسم على ثلاثة لانّ سهامهنّ ثلاثة (وان لم يستقم) الباقي من فرض من لا يردّ عليه على سهام من يردّ عليه أي على مسئلتهم (فاضرب سهام من يردّ عليه في مخرج فرض من لا يردّ عليه كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات) فسهام من يردّ عليه هنا خمسة أربعة للبنات وواحدة للجدات وما بقي من فرض من لا يردّ عليه سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ أربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات الثمن الخمسة والباقي لمن يردّ عليه ثم شرع يبين سهام كل فريق من هذا المبلغ بقوله (ثم اضرب سهام من لا يردّ عليه في مسئلة من يردّ عليه وسهام من يردّ عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يردّ عليه) مثلا اذا أردت معرفة سهام الزوجات في المثال المذكور فاضرب سهما في خمسة فهو نصيبهنّ واذا أردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهنّ من خمسة وهو أربعة فيما بقي من فرض من لا يردّ عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهنّ وللجدات سهم يضرب في سبعة بسبعة ثم أشار الى بيان معرفة التصحيح بقوله (وان انكسر) على البعض أو الكل (فصحح) المسئلة (كما مرّ) في الطرق المذكورة لانّ السهام اذا لم تنقسم على أربابها احتيج الى التصحيح فالمسئلة الاولى تصح من ثمانية وأربعين والثانية من ألف وأربعمائة وأربعين ثم أشار الى بيان المناسخة بقوله (وان مات البعض) أي بعض الورثة (قبل القسمة) أي قبل قسمة التركة (فصحح مسئلة الميت الاول وأعط سهام كل وارث ثم صحح مسئلة الميت الثاني وانظر بين ما في يده من التصحيح الاول وبين التصحيح الثاني ثلاثة أحوال) وهي التوافق والتباين والاستقامة (فان استقام ما في يده من التصحيح الاول على التصحيح الثاني فلا ضرب) حينئذ (وصحتا) أي الفريضتان فريضة الميت الاول وفريضة الميت الثاني (من تصحيح الميت الاول وان لم تستقم فان كان بينهما) أي بين ما في يده وهو نصيبه من الاول وبين فريضته وهي التصحيح الثاني (موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الاول وان كان بينهما) أي بين ما في يده وفريضته وهي التصحيح الثاني (مباينة فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح

الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين) أى مابلغ من الضرب تصحيح الفريضتين فريضة الميت الاول وفريضة الميت الثانى فاذا عرفت ذلك تحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الاول والثانى بالطريق المذكور فى التصحيح أشار اليه بقوله (واضرب سهام ورثة الميت الاول فى تصحيح الثانى أو وفقه و) اضرب (سهام ورثة) الميت (الثانى فى نصيب الميت الثانى أو وفقه) أى فى نصيبه من الفريضة الاولى وان كان فيهم من يرث من الميتين ضربت نصيبه من الاول فى الفريضة الثانية أو فى وفقها ونصيبه من الثانى مافى يد الميت الثانى أو فى وفقه ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثانى مقام الاول والثالث مقام الثانى فى العمل ولو مات رابع فاجعل المبلغ الثالث مقام الاولى والرابع مقام الثانية وهكذا كلما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثانية والمبلغ الذى قبله مقام الاولى الى مالا يتناهى ولهذا أمثلة كثيرة مسطرة فى علم الفرائض طوينا ذكرها طلبا للاختصار واعتمادا على كتب الفرائض المستعملة (ويعرف حظ) اى نصيب (كل فريق من التصحيح بضرب ماللكل من أصل المسئلة فيما ضربته فى أصل المسئلة) اى يضرب نصيب كل فريق من اصل المسئلة فى مبلغ الرؤس وهو المضروب فى الفريضة فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق (و) يعرف (حظ) أى نصيب (كل فرد) من افراد الفريق (بنسبة سهام) أى بأن ينسب سهام (كل فريق من أصل المسئلة الى عدد رؤسهم) أى رؤس ذلك الفريق حال كونه (مفردا) معناه أن ينسب الى فريق واحد من غير ضم فريق آخر عند النسبة (ثم يعطى) كل واحد من آحاد الفريق (بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد) من افراد الفريق (وان أردت قسمة التركة بين الورثة أو الغرماء فاضرب سهام كل وارث من التصحيح فى كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح) وكذا الدين بأن يضرب دين كل غريم فى التركة ويقسم الخارج على مجموع الدين وهذا اذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة وان كانت بينهما موافقة فاضرب سهام كل واحد من الورثة ودين كل غريم فى وفق التركة ومابلغ فاقسمه على وفق التصحيح أو على وفق مجموع الدين فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث أو الدائن لانه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح (ومن صالح من الورثة على شئ فاجعله كأن لم يكن ثم اقسم الباقى على سهام من بقى) لان المصالح لما ترك بشئ أعطوه جعل مستوفيا نصيبه وخرج من البين فبقى الباقى مقسوما على سهامهم

قال رحمه الله تعالى قد نجز تحريره وتنقيحه على يد مؤلفه ومسطره العبد الفقير الى الله الغنى أبى محمد محمود بن أحمد العينى عامله ربه ووالديه بلطفه الجلى والخفى يوم الاربعاء أول النهار العشرين من ذى الحجة الحرام المحرم عام ثمانية عشر وثمانمائة من الهجرة النبوية بمدرسته التى أنشأها بالقاهرة بخط حارة كتامة بالقرب من الجامع الازهر عمرها الله تعالى بذكره بحرمة محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وكان النجاز من تسويده وتبييضه أولا يوم الجمعة الخامس عشر من ربيع الآخر عام ستة عشر وثمانمائة من الهجرة النبوية بعد ان بدأ فيه غرة المحرم من سنة ست عشرة زمام تلك السنة المذكورة مع تخلل الحوادث والنكبات وعروض ماركب القلب والقالب من الهموم والحسرات من شين بهتان ودين انسان وهم الاولاد

والنسوان

والنسوان وحسد الاخوان والخلان وضيق ما تبسط به البدان والشكوى الى الله وعليه
التكلان والحمد لله أولا وآخرا مارمق الانسان والصلاة على من بعث من بنى عدنان عند
انتهاء الوقت والزمان وعلى آله وصحبه ذوى الفضل والاحسان

(يقول المتوسل الى الله بالقطب الحقيقى ابراهيم عبد الغفار الدسوقى)

قد تم بعون الملك القدير الاعز طبع شرح العينى على متن الكنز فى مذهب الامام الاعظم أبى
حنيفة النعمان المؤيد بصحيح القياس وواضح البرهان على ذمة من ضرب بالسهمين وحاز
فضيلة الشرفين وتخلق بآداب العلم والتعليم السيد محمد عبد الرحيم بدار الطباعة العامرة
ذات الصنائع الباهرة المحلية بابهى حلل الجمال المتجلية فى أبهج حلى الكمال المتوفرة
دواعى مجدها المشرقة كواكب سعدها المشمولة بنظر من عليه أحاسن اخلاقه تثنى
حضرة حسين بك حسنى فى ظل من تعطرت الافواه بثنائه وبلغ من كل وصف جميل حد
انتهائه وارث الملوك الاماجيد وسلالة السراة الصناديد الجامع بين طارف المجد وتالده
والمسند أحاديث الخديوية عن جده ووالده ذى الحلم الذى تستخف بالنسبة له الاطواد
والمآثر التى لا يفى ببعضها تعداد من ذلل بهممه الصعاب وتملك بمننه الرقاب عزيز الديار
المصرية وحامى حمى حوزتها النيلية ذى المآثر الشهيرة والفخر الجلى جناب الخديو
اسمعيل بن ابراهيم بن محمد على متع الله الوجود بدوام وجوده ولا زالت منهلة على رعاياه
سحائب كرمه وجوده ولما تهيأ للتمام ولبس وشاح الختام انطلق يقرظه أدهم البراعة
فى ميدان البراعة فقال مؤرخا تمام طبعه ومثنيا على حسن وضعه

مارياض سحت المزن بها * فكستها سندسى القز
غرد الشحرور فيها فأتى * بلحون مطربات الطرز
باحلى منظرا من شارح * مازج للكنز مزج الخز
هو للعينى امام الفضل فى * مذهب النعمان مولى العز
من يحزه مدركا ما قد حوى * يشتفى من داء جهل مخزى
جاد طبعا فاستفد حوزته * تمس ممن يغتنى بالحوز
ثم لما تم طبعا أرخوا * تم طبعا شرح عينى الكنز

٧ ٤٤٠ ٨٢ ٥٠٨ ١٤٠ ١٠٨

١٢٨٥

وكان تمام طبعه وايناع ثمرة طلعه ووضعه فى هذا الشكل
اللطيف المثال فى أواسط شهر شوال من التاريخ المذكور
من هجرة من بعث بأحكم الامور سيدنا محمد ختام
الرسل الكرام عليه وعلى آله أفضل
الصلاة والسلام
آمين